

Comitato Scientifico:

Guido Alpa, Camillo Belfiore, Sergio Maria Carbone, Paolo Comanducci, Pasquale Costanzo, Andrea D'Angelo, Antonino Dimundo, Luciano Di Noto, Michele Marchesiello, Corrado Marvasi (C.M.), Vito Piergiovanni, Paolo Pisa, Adriano Sansa, Stefano Savi, Alessandro Vaccaro

Comitato di Direzione:

Ugo Carassale, Pierluigi Chiassoni, Luigi Cocchi, Guido Colella, Giuseppe Donato, † Sergio Faiella, Gilda Ferrando, Mauro Ferrando, Andrea Fusaro, Emanuele Lamberti, Antonio Lovisolò, Roberto Negro, Carlo Rossello, Alvaro Vigotti

Redazione:

Coordinamento
Alessandro Barca

Sezione di diritto civile:

Elena Bassoli (E.B.), Lavinia Botto, Cesare Bruzzone (C.BRU.), Anna Maria Calcagno (AN.CCG.), Francesca Calvari (F.CA.), Antonio Cimino (A.C.), Simonetta Cocconi (SI.CO.), Francesca Cuomo Ulloa, Rosario D'Arrigo (R.D'AR.), Francesco Dimundo (F.DM.), Antonio Fontana (A.FONT.), Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), Carlo Iavicoli, Alberto Princiotta, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tivy (M.TY.), Stefano Torchio (ST.TOR.), Ivano Vigliotti, Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:
Pasquale Costanzo, Lara Trucco

Sezione di diritto tributario:
Antonio Lovisolò

Sezione di diritto penale:
Roberta Barbanera (R.BA.), Raffaele Caruso (R.C.), Graziella Delfino (G.D.), Carola Flick (C.FLK.), Emanuele Olcese (E.O.), Elisabetta Paganò (EL.PAG.), Andrea Sciello (A.SC.)

Collaborano

Sezione di diritto civile:

Erika Adamo, Federica Adorni (F.AD.), Marco Baghino (M.BAG.), Francesca Bagnasco (F.BGN.), Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bartolini (F.BART.), Giulia Bastianelli Naticchi (G.B.N.), Alexander Beecroft (A.BEE.), Massimo Benoit Torsoglio (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Enrico Bet, Alessandro Bigoni (A.BI.), Marzio Bini (MA.BN.), Antonio Bisignani, Paola Blengino, Tiziana Blengino (T.BLE.), Nicola Boggiano (NIC.BO.), Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandi (EL.BR.), Ilaria Busca (I.B.), Francesca Butera (F.B.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldini, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Simone Carrea, Emanuela Casaleggio (E.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna (S.C.), Valentina Cavanna (V.CAV.), Mirko Cavazzana (MK.C.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Lara Cipriani (LA.CIP.), Sandra Compiano (SA.COM.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Maria Chiara Costabile (M.C.S.), Elena Curletto (EL.C.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dasso, Daniela Degiovanni (DA.DE.), Gaia De Giovanni (G.D.G.), Annamaria De Luca (A.DL.), Alessandro Demarchi (A.DM.), Raffaella Demaria (R.D.), Stefano Dominelli (S.D.), Gianvittorio Domini (GV.D.), Paolo Donadoni, Marcella Donati, Carlo Fava, Attilio Fagiani, Chiara Fatta (C.F.), Daniele Ferrari (D.F.), Andrea Ferreccio (A.FRC.), Damiano Fiorato, Francesca Florino, Alessandro Fontana (A.F.), Cesare Fossati, Stella Frascà (ST.FR.), Serafina Funaro (SE.F.), Francesco Gaeta (F.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Matteo Gamenara (M.GA.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Laura Garibbo (L.GRB.), Paola Gatti (PA.GAT.), Andrea Gecchi (A.GE.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Cristina Girardi, Vittorio Grasso (V.GR.), Christian Graziano (C.GRA.), Domenico Griffo (D.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, Giuseppe Inglese (G.ING.), Viviana Isola, Paola M. Ivaldi (P.M.I.), Andrea La Mattina (A.LA.M.), Walter Laganà (W.L.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, Anita Li-

porace (A.LI.), Franco Longo (F.LO.), Francesca Maberino (F.MA.), Francesca Maisano (FR.MA.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Natalina Mancini (NI.MA.), Francesca Maoli, Valentina Massara (V.M.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Cristina Marras, Chiara Medinelli (C.MED.), Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Giulia Milanti (G.M.), Patrizia Monferrino (P.MO.), Federico Montaldo, Sonia Nadali (S.NA.), Alessandro Nicolini (A.Nic.), Raffaele Nicolini (RAF.NIC.), Diego Nocera (DI.NO.), Diego Nucifora (D.NCF.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Giorgia Orsi, Francesca Paderno (F.P.), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLI.P.), Sara Pasquini (S.PSQ.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Federico Piva (F.PI.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Patrizia Piano, Stefania Piano, Giovanni Porcile, Claudio Rambaldi (CL.RM.), Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (FR.RPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Mario Riccomagno, Enrico Righetti, Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovigno (G.U.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadé (AL.S.), Giulia Santoni (G.S.), Beatrice Scafidi (B.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Alberto Spinelli (ALB.SPIN.), Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Stefano Torchio (S.TOR.), Fabio Toriello, Filippo Maria Torresi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Andrea Vené, Valentina Ventura (V.V.), Jenny Verduci (J.V.), Andrea Viaggi (A.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Enrico Zanelli (E.Z.), Fabio Zanolì (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (F.A.Z.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:
Enrico Albanesi (E.AL.), Francesca Bailo (F.B.), Lorenzo Barabino (L.B.), Carlo Bilanci (C.B.), Francesco Boetto (F.BO.), Marcello Bolognesi (M.BO.), Monica Busoli (MO.BS.), Omar Caramaschi (O.C.), Marco Castagnola (M.C.), Luca Costanzo (L.C.), Federica Danini (F.D.), Federico Dottori, Simone Frega (S.F.), Alessia Fusco (A.FUS.), Francesco Gallarati (FR.G.), Sarah Garabello (SAR.G.), Chiara Graziani (C.G.), Luca Leonardi (L.L.), Andrea Macchiavello (A.M.), Aurelio Domenico Masuelli, Andrea Mozzati, Maria Paola Pessagno, Simone Pitto (S.P.), Federico Ponte (F.P.), Luca Saguato, Alessandro Salustri, Jenny Verduci (J.V.)

Sezione di diritto tributario:

Sara Armella (S.A.), Alessia Baldassarre (A.BAL.), Stefano Betti, Andrea Bodrito, Luca Costanzo (L.C.), Giuseppe Croce (G.C.), Filippo Da Passano (F.P.), Massimo Di Paolo, Massimiliano Ferrando (M.F.), Elizabeth Frixione (EL.FR.X.), Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), Andrea Machiavello (A.M.), Claudia Nouvion (C.N.), Caterina Oliva, Roberta Pera (R.P.), Alessandra Piccardo (A.P.), Agnese Querci (A.Q.), Lorenzo Ugolini (L.U.), Andrea Viaggi (A.V.)

Sezione di diritto penale:

Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BR.Z.), Ilaria Busca, Annalisa Carella (AN.CAR.), Michele Ciravegna (M.CIR.), Luca Aldo Forlani, Franco Augusto Gastaldo, M. Francesca Lanznaster, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Alessandro Magrassi, Paolo Michieli, Maria Montemagno (M.MG.), Michele Montemagno, Naomi Moriano, Ruggero Navarra, Emanuelle Olcese, Fiorenza Oriana, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Renato Ramondo, Luigi Sannino (L.SN.), Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Ilaria Torri, Chantal Torrigino (CH.T.), Valentina Ventura Boeri

Direttore responsabile: Fabrizio De Ferrari

Sede della Redazione: De Ferrari Comunicazione S.r.l.,

via Ippolito d'Aste 3 · 16121 Genova

Tel 010 0986820/21/22 · Fax 010 0986823

www.deferrarieditore.it - info@deferrarieditore.it

Grafica: Elena Menichini

In copertina: Giovanni Andrea De Ferrari (Genova 1598? - ivi 1669), "La Giustizia", Genova, Palazzo di Giustizia

© De Ferrari Comunicazione S.r.l.

Autorizzazione del Tribunale di Genova n. 24 del 22 luglio 1999

Indice

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Corte d'Appello di Genova, 17 novembre 2017 **3**

Corte di Cassazione, sez. un, ord 28 settembre 2016 **4**

Naufragio in acque internazionali e problemi di giurisdizione sul Registro Italiano Navale

nota di Matteo Borreani **6**

Tribunale di Genova, ord. 16 ottobre 2017 **12**

Corte d'Appello di Genova, 16 ottobre 2017 **13**

Massime **16**

Documenti

Il diritto fondamentale ad un rimedio effettivo e il ruolo costituzionale dell'avvocato

Guido Alpa **22**

L'avvocatura e la Costituzione

Massimo Luciani **26**

Gli statuti delle fondazioni nella Riforma del Terzo Settore

Andrea Fusaro **31**

Timeo danaos et dona ferentes: radici antropologiche della donazione tra diritto e mito

Marcello Castiglione **37**

Alcune modeste proposte per impedire che i civilisti italiani siano a carico del loro Paese e per renderli utili alla comunità

Massimo A. Chiocca **41**

Il pilotaggio marittimo un lungo cammino normativo nella storia nautica d'Italia; nuove norme in tema di responsabilità e sua assicurazione nella Legge 1 dicembre 2016, n. 230.

Filippo Maria Torresi **44**

Recensione a

"Felicità? 41 variazioni sulla felicità" di Michele Marchesiello.

Roberto Negro **49**

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

T.A.R. Liguria, 14 febbraio 2018 **58**

Corte Costituzionale, 13 luglio 2017 **58**

La politica del legislatore regionale sulla «ragion fattasi» per i cittadini vittime di reati contro il patrimonio o la persona ancora al vaglio della Corte costituzionale (ma questa volta per profili differenti).

nota di Francesca Bailo **60**

Massime **62**

Il «profilo» della Regione Liguria nell'anno 2017

Lara Trucco **64**

Sezione di diritto tributario

Massime **67**

Sezione di diritto penale

Aspetti problematici del diritto di difesa: la nomina del terzo difensore di fiducia dell'imputato

Franco Augusto Gastaldo **72**

La messa alla prova nell'esperienza dibattimentale del Tribunale di Genova

Alessandro Magrassi **75**

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 17 novembre 2017, n. 1404 - Pres. Realini - Est. Albino - D. (Avv. Marrelli) c. Condominio (Avv. Priora).

COMUNIONE e condominio - autorimessa - mancanza impianto di riscaldamento - presenza dell'impianto di adduzione dell'acqua calda - centrale termica - sostituzione - atto di straordinaria amministrazione - sussiste - obbligo del proprietario dell'autorimessa di contribuire alla relativa spesa - sussiste.

(Art. 1123 c.c.)

L'inesistenza di un servizio di riscaldamento in un'autorimessa situata nel piano fondi di un edificio in condominio non esime il suo proprietario dall'obbligo di contribuire, a norma dell'art. 1123, primo comma, c.c., alle spese per la sostituzione della centrale termica, alla quale è collegato altresì il servizio di adduzione dell'acqua calda, di cui detta autorimessa può fruire.

A.F.

(...*Omissis*...)

Svolgimento del processo

Con l'atto introduttivo del giudizio, la società D., quale proprietaria del locale ad uso autorimessa contrassegnato dal n. (*omissis*) nel piano fondi del Condominio Cor., e non dotato di riscaldamento, citava davanti al Tribunale di Genova il suddetto condominio al fine di sentir dichiarare l'invalidità del riparto preventivo di cui alla delibera (*omissis*) con cui le venivano addebitate le spese per la sostituzione della centrale termica. Si costituiva in giudizio il condominio convenuto, contestando le domande proposte dall'attrice. Il Tribunale di Genova, con sentenza (*omissis*) rigettava le domande dell'attrice (...*omissis*...) e la condannava al pagamento delle spese di lite. Affermava il Tribunale che, diversamente da quanto sostenuto da parte attrice la delibera di sostituzione della caldaia era stata assunta con la maggioranza qualificata di cui all'art. 1136, quinto comma, c.c., prevista per le innovazioni e che in ogni caso trattandosi di delibera di sostituzione della caldaia per adeguamento a normative sopravvenute, era sufficiente la maggioranza di cui al secondo comma dell'art. 1136, prevista per gli atti di straordinaria amministrazione. Proseguiva il Tribunale affermando che dalla CTU era emersa l'esistenza all'interno dell'autorimessa dell'impianto di erogazione dell'acqua calda, con conseguente sussistenza del presupposto necessario e sufficiente per l'affermazione dell'obbligo dell'attrice di contribuire alle spese di rinnovo dell'impianto, a nulla rilevando il mancato uso attuale, incidendo quest'ultimo solo sulla misura della partecipazione alle spese.

Averso la predetta sentenza propone appello la società D. per i seguenti motivi:

1) (...*Omissis*...) Erronea interpretazione della CTU. Erronea qualificazione dell'intervento di sostituzione della centrale termica. Violazione dell'art. 1120 c.c. Il Tribunale - afferma l'appellante - ha illegittimamente disatteso le conclusioni del CTU per cui il condominio avrebbe potuto limitarsi ad adeguare la centrale termica mediante sostituzione del bruciatore, con la conseguenza che l'atto di sostituzione della caldaia integrava una innovazione ai sensi dell'art. 1120 c.c., dovendo

trovare applicazione l'art. 1121 c.c., da cui deriva l'esenzione dalla contribuzione.

2) Violazione dell'art. 1123 c.c. Mancata ripartizione della spesa relativa alla sostituzione della caldaia proporzionalmente all'uso fattone dalla società attrice. Costituiva circostanza pacifica - afferma l'appellante - oltre che risultante dalla CTU, che l'autorimessa non era dotata di impianto di riscaldamento e che l'impianto relativo all'acqua calda era dismesso da anni, con la conseguenza che il Tribunale avrebbe dovuto applicare l'art. 1123 c.c., in forza del quale l'obbligo di un'eventuale contribuzione avrebbe dovuto essere parametrato in ragione dell'utilità. (...*Omissis*...)

Motivi della decisione

(...*Omissis*...) I due motivi possono essere esaminati congiuntamente, in quanto connessi. Essi sono infondati. Correttamente il Tribunale ha dato atto della presenza durante l'assemblea del (*omissis*) di 28 condomini su 41, e cioè della maggioranza degli intervenuti, che rappresentavano 6731 su 10000 millesimi, e cioè più di due terzi del valore dell'edificio, con conseguente assunzione della delibera da parte non solo della maggioranza di cui all'art. 1136, secondo comma, ma altresì della maggioranza di cui all'art. 1136, quinto comma, prevista per le innovazioni, nonostante che la sostituzione della caldaia per adeguamento alla normativa sopravvenuta (cfr. in particolare il provvedimento del Settore Ambiente del Comune di Genova del 6 febbraio 2013) sia da ricondursi, come correttamente affermato dal Tribunale, ad atto di straordinaria amministrazione: "Invero secondo la giurisprudenza di questa Corte la sostituzione della caldaia termica, se quella esistente è obsoleta o guasta, deve considerarsi atto di straordinaria manutenzione, in quanto diretta semplicemente a ripristinare la funzionalità dell'impianto e non a creare un quid novi, una modificazione sostanziale o funzionale della cosa comune (l'impianto di riscaldamento); mentre deve essere ricondotta alle modifiche migliorative dell'impianto, e non alle innovazioni dello stesso, la sostituzione della caldaia termica, ancora funzionante, se ha lo scopo di consentire l'utilizzazione di una fonte di energia più redditizia e meno inquinante" (Cass., n. 4831/1994 e Cass., n. 238/2000). Conseguentemente, neppure può trovare applicazione al caso in esame l'art. 1121 c.c. invocato da parte appellante, posto che l'intervento deliberato non può certo collocarsi tra quelli di natura gravosa o voluttuaria rispetto alle condizioni e all'importanza dell'edificio, dovendo al contrario ricondursi a quelli preordinati al funzionamento ed alla normale vivibilità delle abitazioni poste nel condominio, anche tenuto conto del necessario adeguamento alle normative sopravvenute. In tal senso sono anche le conclusioni della CTU disposta dal giudice di primo grado che ha accertato la "migliore scelta tecnica in termini di migliore installazione, facilità di gestione e conduzione, e non ultimo in termini di minor consumo di combustibile", della scelta assembleare di sostituzione dell'intera centrale termica, in luogo dell'intervento parziale di mera sostituzione del bruciatore, sufficiente ad adempiere l'obbligo di ingiunzione del Comune di Genova di sostituzione del combustibile, e certamente meno dispendioso a breve termine, ma non nel lungo termine. La scelta di

sostituzione della caldaia in luogo del mero bruciatore rientra nel potere discrezionale che l'assemblea esercita quale organo sovrano della volontà dei condomini, e quindi impinge in valutazioni di merito sottratte al sindacato dell'autorità giudiziaria attraverso l'impugnativa di cui all'art. 1137 c.c., ove la delibera, come nel caso in esame, sia stata assunta con le necessarie maggioranze.

Corretta appare, altresì, la decisione impugnata laddove respinge l'assunto dell'appellante di non essere tenuto al pagamento delle spese della sostituzione della caldaia, risultando dagli accertamenti del CTU l'esistenza di un impianto per l'erogazione dell'acqua calda all'interno dell'autorimessa proveniente dalla centrale termica in discussione. È vero che il CTU ha accertato che tale impianto non risulta utilizzato dall'anno 2004, ma tale circostanza non rileva nel senso voluto dall'appellante di esenzione dall'obbligo di contribuzione, posto che esso deriva proprio dalla titolarità in capo alla società appellante della proprietà dell'impianto, proprietà a cui carico la legge (art. 1123, primo comma) pone l'obbligo di concorrere alle spese, rientrando queste ultime a carico del titolare tra le *obligationes propter rem* che, nascendo dalla contitolarità del diritto reale sull'impianto comune, sono dovute in proporzione della quota che esprime la misura dell'appartenenza (cfr. Cass. n. 1420/2004). Non è vero, quindi, che l'appellante società D. non sia servita dall'impianto, essendo solo vero che da tempo essa concretamente non ne fa utilizzo, circostanza che incide unicamente sulla misura della contribuzione e quantificazione della partecipazione ai consumi. Tale conclusione è coerente con le previsioni del regolamento condominiale. (...*Omissis*...).

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando nella causa d'appello contro la sentenza del Tribunale di Genova n. 3309/2014 del 20-10-2014, così decide: respingendo l'appello conferma la sentenza del Tribunale. (...*Omissis*...)

Corte di Cassazione, sez. un., ord. 28 settembre 2016, n. 13569 – Pres. Canzio – Rel. D'Ascola – P.M. Giacalone (diff.) – Yasser (Avv.ti Zencovich, Commodo, Ambrosio) c. Ente Registro Italiano Navale e R.I.N.A. s.p.a. (Avv.ti Sperati, Cavanna, Giacomini, Bassi, Campagna, Maffi, Siccardi).

(Pronuncia resa a seguito di ricorso per regolamento di giurisdizione proposto nell'ambito della causa civile pendente davanti al Tribunale di Genova Rg. n. 9852/2013)

GIURISDIZIONE civile – regolamento preventivo di giurisdizione – ammissibilità – presupposti – legge 218/1995, artt. 3 e 11 – immunità funzionale di diritto internazionale – irrilevanza.

Il regolamento preventivo di cui all'art. 41 c.p.c. è un istituto di natura straordinaria ed eccezionale, non estensibile ad ipotesi ivi non contemplate, sicché è inammissibile ove proposto per sollevare una questione concernente il difetto di giurisdizione del giudice italiano allorché convenuti nella causa di merito siano soggetti residenti e domiciliati in Italia. Né rileva che costoro abbiano, nel giudizio pendente, eccetto l'immunità giurisdizionale loro spettante quali organi di uno Stato straniero, atteso che, in mancanza della condizione legittimante l'accesso allo strumento, ogni eventuale questione di giurisdizione può e deve essere scrutinata dal giudice di merito e può essere oggetto di impugnazione ordinaria,

senza alcun "vulnus" al diritto all'equo processo in relazione alla determinabilità della giurisdizione. (1)

(...*Omissis*...)

Fatto e ragioni della decisione

1) L'odierno ricorso è stato notificato per regolare preventivamente la giurisdizione nella controversia promossa, davanti al tribunale di Genova (RG 9852/2013), dai ricorrenti indicati in epigrafe contro RINA spa e contro l'Ente Registro Navale Italiano, per il risarcimento dei danni conseguenti al naufragio della nave Al Salam Boccaccio 98, avvenuto il 2/3 febbraio 2006 nel Mar Rosso. L'azione è stata proposta per far valere la condotta colposa dei soggetti convenuti, sia come società di classificazione, sia nella qualità di enti certificatori, nelle determinazioni decisive per l'idoneità del traghetto alla navigazione e la sicurezza dei viaggiatori. Avendo i convenuti eccepito l'immunità giurisdizionale quali organi dello Stato di Panama, i ricorrenti hanno proposto regolamento preventivo di giurisdizione. I convenuti hanno resistito.

In precedenza, con sentenza resa nel 2012, il tribunale di Genova aveva sostanzialmente negato la giurisdizione italiana relativamente ad analoga azione proposta da altre vittime del medesimo naufragio. Sono state prodotte memorie in vista dell'adunanza, in replica alla requisitoria scritta depositata dal PG, il quale si è espresso per l'affermazione della giurisdizione italiana. Acquisita relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte, è stata rifissata l'adunanza camerale e sono state depositate nuove memorie.

2) Già in sede di ricorso per regolamento, i ricorrenti, tutti stranieri residenti all'estero, che sono eredi delle vittime quasi tutte egiziane (cfr. ricorso pag. 2) del naufragio, si sono soffermati sull'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione in causa proposta contro soggetti italiani, ammissibilità negata dalle società controricorrenti.

La questione è decisiva, giacché la configurabilità o meno dello strumento processuale attivato è questione di rito che logicamente precede ogni altra deduzione delle parti.

2.1) Ai sensi dell'art. 41 c.p.c., finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado, ciascuna parte può chiedere alle sezioni unite della Corte di cassazione che risolvano le questioni di giurisdizione di cui all'articolo 37. L'art. 37 c.p.c. recava un secondo comma, che prevedeva la rilevanza del difetto di giurisdizione del giudice italiano nei confronti della straniero in qualunque stato e grado del processo per le cause aventi ad oggetto beni immobili siti all'estero; in ogni altro caso la rilevanza da parte del convenuto costituito che non abbia accettato espressamente o tacitamente la giurisdizione italiana. L'abrogazione del secondo comma dell'art. 37, sancita dall'art. 73 della legge n. 218/95, ha spinto le Sezioni Unite ad interrogarsi sulla proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione per rilevare il difetto di giurisdizione nei confronti dello straniero.

2.1) La sentenza n. 6 del 1999, seguita da parecchie altre (6585/06; 4461/09), ha stabilito che il regolamento preventivo di giurisdizione deve ritenersi ammissibile relativamente alle questioni sulla sussistenza o meno della giurisdizione italiana nei confronti di soggetti stranieri, pur dopo l'abrogazione dell'art. 37, secondo comma, cod. proc. civ. da parte dell'art. 73 della legge 31 maggio 1995 n. 218, di riforma del diritto internazionale privato, poiché il rinvio dell'art. 41 cod. proc. civ. All'art. 37, secondo comma, dello stesso codice per la determinazione del campo di applicazione del regolamento di giurisdizione costituisce un rinvio ricettizio. In particolare le Sezioni unite (Cass. 9802/04) nel negare l'esperibilità del re-

golamento hanno ribadito che: «Il regolamento preventivo di giurisdizione, relativamente alle questioni sulla sussistenza o meno della giurisdizione italiana, presuppone, ai fini della relativa ammissibilità, che la detta questione sorga “nei confronti dello straniero” (così disponendo il secondo comma dell’art. 37 cod. proc. civ., il quale, nonostante l’abrogazione disposta dall’art. 73 della legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del diritto internazionale privato, vale tuttora a delimitare l’ambito applicativo del regolamento preventivo...)». Le Sezioni Unite hanno testualmente osservato: «Se, dunque, per il combinato disposto degli artt. 37 - 41 c.p.c. Il regolamento preventivo di giurisdizione è ancora ammissibile nell’ambito del secondo comma dello stesso art. 37, è necessario però individuare le ipotesi riconducibili in tale ambito. Al riguardo si deve notare che, come questa Corte ha più volte affermato, il regolamento preventivo di giurisdizione è un istituto di natura straordinaria ed eccezionale, che può essere esperito limitatamente alle questioni di giurisdizione di cui al citato art. 37 c.p.c. (tra le più recenti; Cass., s. u., 6 maggio 2002, n. 6485; 7 marzo 2002, n. 3385; 7 marzo 2001, n. 90; 25 maggio 1999, a 293). Ne deriva, pertanto, che l’istituto de quo non può essere esteso ad ipotesi non contemplate da quest’ultima norma, la quale (per quanto qui rileva) fa riferimento alle questioni di giurisdizione nei confronti dello straniero.» Tuttavia una modifica di un certo rilievo è stata indirettamente apportata al meccanismo di cui agli artt. 37 e 41. Essa riguarda l’abrogazione dell’art. 4 c.p.c. ad opera dell’art. 73 cit., che ha fatto venir meno ogni riferimento allo “straniero”, con la conseguenza che ai fini della determinazione dell’ambito della giurisdizione del giudice italiano, nel vigente sistema italiano del diritto internazionale privato assume rilevanza, quale criterio generale di radicamento della competenza giurisdizionale del giudice italiano, solo il dato oggettivo del domicilio o della residenza del convenuto in Italia, senza che possa più farsi distinzione tra convenuto italiano o straniero, come stabilito dall’art. 3, comma 1, della legge n. 218 del 1995. (cfr. in termini Cass. S.U n. 2060 del 2003). Proprio quest’ultima sentenza ha regolato preventivamente, su istanza di parte attrice, un caso in cui erano convenuti in giudizio cittadini italiani, ma lo ha fatto sul presupposto che questi ultimi erano residenti in Montecarlo, nel Principato di Monaco, ed ivi era “ubicato anche il loro domicilio”.

2.2) La sede delle società convenute nell’odierno giudizio è invece sita in Italia, ditalché si è al di fuori del caso per il quale è stato previsto il regolamento preventivo di giurisdizione, consentito allorché il convenuto non sia residente o domiciliato in Italia, cioè quando non sia operante il criterio generale che fonda la giurisdizione. E’ vero che nel caso esaminato da Cass. n. 9802/2004 (sorto in relazione ad accordo contrattuale sulla giurisdizione straniera) i contendenti della causa di merito erano cittadini italiani, residenti e domiciliati in Italia, pertanto chiaramente non compresi «nell’ambito applicativo della norma in questione». Ma nel caso odierno i cittadini stranieri agendo in Italia hanno invocato la giurisdizione italiana, sicché non possono esporre e non espongono un difetto di giurisdizione del giudice italiano ex art. 11 L. 218/95, soltanto in relazione al quale sarebbe ammissibile, come si è visto, il regolamento preventivo.

2.3) Né il difetto di giurisdizione può essere invocato tramite il regolamento dai convenuti “italiani”, come è già stato coerentemente affermato dalla Corte a Sezioni Unite (cfr SU 4807/2005). Le questioni deducibili mediante regolamento preventivo non possono infatti riguardare cittadini italiani residenti e domiciliati in Italia (ancora SU 9802/04). E’ per-

tanto legittimato a proporlo, secondo l’insegnamento comunemente invalso, ciascuna delle parti (ex art. 41 c.p.c., cfr Cass. 25047/05; 1540/93) solo se il convenuto sia domiciliato o residente all’estero e contesti (o comunque non accetti) la giurisdizione del giudice italiano, restando inammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione proposto per sollevare una questione concernente il difetto di giurisdizione del giudice italiano, allorché convenuti nella causa di merito siano soggetti residenti e domiciliati in Italia. Non vi è invece materia per il regolamento preventivo qualora l’attore sia cittadino straniero e il convenuto sia un soggetto italiano, rispetto al quale la giurisdizione è posta secondo i criteri generali (artt. 3 e 4) della legge 218/95.

3) Invano i ricorrenti mirano ad estendere l’ambito oggettivo di esperibilità dello strumento processuale a tutti i casi rivenienti dall’art. 11 della legge 218/95. Se è vero infatti, come hanno affermato le Sezioni Unite con la sentenza 9802/04 – e come questa Corte intende confermare –, che “per il combinato disposto degli artt. 37 - 41 c.p.c. Il regolamento preventivo di giurisdizione è ancora ammissibile nell’ambito del secondo comma dello stesso art. 37”, è necessario mantenere ferme le ipotesi riconducibili in tale ambito. La citata sentenza 9802 ha in proposito ribadito che il regolamento preventivo di giurisdizione è un istituto di natura straordinaria ed eccezionale, desumendone che l’istituto de quo non può essere esteso ad ipotesi non contemplate da quest’ultima norma, la quale fa riferimento alle questioni di giurisdizione nei confronti dello straniero.

3.1) Va chiarito sul punto che non può aversi riguardo al fatto che i convenuti residenti in Italia abbiano eccetto l’immunità giurisdizionale loro spettante perché rappresentanti di uno Stato straniero. Ciò che ha avuto rilevanza per il legislatore italiano nel predisporre lo strumento del regolamento preventivo è la specifica condizione che si crea quando il soggetto non residente né domiciliato in Italia (art. 3 I. 218/1995 cit.) è evocato in giudizio, il che giustifica uno strumento processuale di definizione della questione di diritto internazionale privato che potrebbe sorgere. La Corte di Cassazione non può estendere in via interpretativa l’ambito di operatività di uno strumento aggiuntivo rispetto alle facoltà ordinarie delle parti, che è di natura straordinaria ed eccezionale. In mancanza della condizione legittimante l’accesso allo strumento, ogni eventuale questione di giurisdizione può e deve essere scrutinata dal giudice di merito e può essere oggetto di impugnazione ordinaria. Non vi è quindi vulnus alcuno al diritto all’equo processo in relazione alla determinabilità della giurisdizione. Parte ricorrente deduce che le parti debbono avere certezza della giurisdizione adita nel più breve tempo possibile, ma la scelta del legislatore è correlata anche alla valutazione dei possibili effetti asistemati di un ampliamento degli strumenti processuali. Un uso strumentale del regolamento preventivo nelle cause in cui sia presente un convenuto “italiano” (ex art. 3 I. 218/1995 cit.) e venga comunque in essere una questione di giurisdizione potrebbe risolversi in un meccanismo complessivamente inefficiente. Il legislatore ha discrezionalmente scelto di limitare questa facoltà ed avrebbe persino potuto escludere lo strumento del regolamento preventivo – come si pensò che avesse fatto con l’abrogazione dell’art. 37 c.2 c.p.c. Ha così bilanciato complessivamente il sistema.

3.1.1) La scelta non urta con il principio di ragionevole durata del processo, che si pone, in relazione al regolamento di giurisdizione, allorché sia ipotizzabile la *translatio iudicii* e quindi la prosecuzione davanti ad altro giudice nazionale. Ciò non avviene se è eccetto un difetto di giurisdizione del

giudice italiano, che è questione che porta, se accolta, alla fine del processo, non ad un suo spostamento. Nel caso in esame per scelta del legislatore non vi è strumento anticipatorio di definizione della questione, i cui sviluppi sono lasciati all'andamento ordinario delle impugnazioni. Si badi che l'interpretazione che le Sezioni Unite hanno dato nel 2004 è giunta dopo l'inserimento, nel 1999, dei principi del giusto processo nell'art. 111 Cost., sicché sarebbe ancor più anomalo che in relazione ad una scelta consapevole intervenisse un mutamento giurisprudenziale non sorretto da una modifica normativa, mai voluta dal legislatore, correttivamente, negli anni sin qui trascorsi. E' invece da ribadire (le Sezioni Unite lo hanno scritto più volte, cfr Cass. 10864/11; 10143/12; 13620/12; 12084/16) che in materia processuale va confermata, quando sia possibile, l'interpretazione consolidatasi nel tempo, da superare solo per apprezzabili ragioni giustificative, indotte dal mutare dei fenomeni sociali o del contesto normativo.

5) Rimane da affrontare un suggestivo argomento che è stato trattato negli scritti dei ricorrenti e del procuratore generale. Parte ricorrente nella più recente memoria afferma che «l'eccezione sollevata dalle due RINA in ordine all'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione» violerebbe il principio dell'estoppel, rappresentato dal brocardo latino "nemo potest contra factum proprium venire", giacché l'eccezione «si fonda sui criteri della residenza e del domicilio in aperta contraddizione rispetto alla difesa nel merito che, invece, si fonda in tutto e per tutto sulla loro connotazione straniera», cioè sull'immunità giurisdizionale (State immunity) loro spettante in Italia per aver agito quale dirette rappresentanti di uno Stato sovrano. E' agevole ribattere in primo luogo che il fondo dell'eccezione di difetto di giurisdizione può essere esaminato solo qualora vi sia ingresso allo strumento processuale: se il regolamento preventivo non è esperibile per i limiti soggettivi voluti dal legislatore alla proponibilità del mezzo, non può essere vagliata la fondatezza dell'eccezione che viene posta e dalla quale scaturirebbe il difetto di giurisdizione. Ciò senza che la apparente strumentalità o fondatezza della questione possa reagire sulle norme processuali. Parte resistente ha infatti eccepito in via principale l'inammissibilità del regolamento e solo in via subordinata ha opposto il difetto di giurisdizione per immunità funzionale. Anche Cass. 9802/04, pur in presenza di una clausola di proroga della giurisdizione che preannunciava un possibile esito, si è astenuta dall'esaminare il regolamento ritenuto inammissibile. 5.1) In secondo luogo va ribadito che resta salvo lo scrutinio della questione in sede di esame da parte del giudice di merito e la impugnabilità di un'eventuale soluzione in ipotesi ritenuta non corretta in termini di giurisdizione. Non a caso la difesa di parte ricorrente ha esposto (pag. 68 e segg. ricorso) che nel primo giudizio introdotto a Genova da altri attori, definito con sentenze dell'8 marzo 2012 e in via definitiva del 17 gennaio 2014, le questioni sono state poste senza dar luogo a regolamento preventivo, che appare ora fungere da anomala anticipata impugnazione, restando salvo l'esito delle questioni dibattute in quella sede. Ed è solo in sede di esame nel merito della questione di giurisdizione che verrà in risalto la natura dell'ente e della società convenuti ai fini dell'immunità funzionale, ferma restando la soglia precedente ai fini della esperibilità del rimedio. Discende da quanto esposto la declaratoria di inammissibilità del ricorso. E' possibile la compensazione delle spese di lite di questo giudizio di casazione, giustificata dalla eccezionalità del caso.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso. (...*Omissis*...)

(1) Naufragio in acque internazionali e problemi di giurisdizione sul Registro Italiano Navale.

Sommario: 1. *Le questioni affrontate dall'ordinanza;* - 2. *Incerti presupposti del regolamento preventivo di giurisdizione dopo la legge 218/1995;* - 3. *Effetti del domicilio del convenuto e problematiche connesse al caso di specie;* - 4. *Diritto internazionale generale e immunità funzionale. Il ruolo processuale della qualificazione sostanziale degli atti;* - 5. *Il problema dell'atto vincolato di natura tecnica e il caso di specie;* - 6. *Conclusioni.*

1. Le questioni affrontate dall'ordinanza.

Con una decisione difforme dalle conclusioni della Procura Generale, le Sezioni Unite tornano in tema di immunità per precisare un profilo assai specifico riferito al sistema italiano di diritto processuale civile internazionale, ossia la rilevanza dell'immunità funzionale rispetto all'ammissibilità del ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, giungendo alla conclusione che l'immunità non vale come elemento di estraneità all'ordinamento ai fini dell'art. 41 c.p.c. in presenza delle condizioni di cui all'art. 3 della legge 218/1995.

La vicenda di specie trae origine dal naufragio della nave "Boccaccio", al momento del varo (1968) di bandiera italiana, in seguito divenuta di bandiera panamense nel 1999 in concomitanza con la sua cessione a una società egiziana e scomparsa nelle acque internazionali del Mar Rosso il 2 febbraio 2006 con oltre un migliaio di persone a bordo.

Il grave accadimento dava luogo a una complessa vicenda giudiziaria (1) promossa da alcuni eredi delle vittime a fini risarcitori, in cui veniva convenuto il Registro italiano navale (Ente e s.p.a.), allegando una responsabilità a titolo di colpa per avere svolto con negligenza gli atti relativi alla verifica e certificazione della nave. Citato avanti il Tribunale di Genova quale foro del convenuto, il R.I.N.A. eccepiva in via preliminare l'immunità funzionale in base alle norme generali di diritto internazionale, in quanto organo della Repubblica di Panama limitatamente alla funzione di verifica e attestazione dei requisiti tecnici del natante, svolti su assegnazione dello Stato di bandiera. Infatti, il 20 gennaio 1998 il R.I.N.A. aveva stipulato col Panama una convenzione di diritto pubblico in forza della quale il governo di detto Stato delegava le funzioni di verifica e certificazione del naviglio iscritto nei registri nazionali, relativamente alla corrispondenza dei natanti ai requisiti definiti dalle norme interne e dai trattati in vigore per Panama. La convenzione con il R.I.N.A. prevedeva espressamente che le attestazioni fossero equiparate giuridicamente ad atti emessi direttamente dall'amministrazione dello Stato delegante. Al fine di sentir pronunciare la sussistenza della giurisdizione italiana, veniva proposto regolamento preventivo, a cui resisteva con controricorso il R.I.N.A. eccependo l'inammissibilità del ricorso e comunque il diritto all'immunità funzionale riconosciuta dalle norme del diritto internazionale generale. Va osservato in proposito che in altra, identica lite, il difetto di giurisdizione era già stato dichiarato dal Tribunale di Genova, con decisione poi confermata dalla Corte d'Appello, avverso la quale è stato proposto ricorso alla Suprema Corte (2).

2. Incerti presupposti del regolamento preventivo di giurisdizione dopo la legge 218/1995.

Anche a seguito della legge 218/1995, la giurisprudenza è pacifica nel configurare la persistenza del regolamento preven-

tivo di giurisdizione nell'attuale sistema di diritto processuale civile internazionale, ma va detto che si tratta d'una questione connotata da aspetti opinabili. L'art. 41 c.p.c. continua infatti a definire i presupposti del regolamento mediante rinvio alle fattispecie di cui all'art. 37 c.p.c. Tuttavia, la riforma del 1995 abrogò (art. 73) il secondo comma dell'art. 37 c.p.c., inerente al difetto di giurisdizione a favore dell'autorità giudiziaria straniera, trasferendone la disciplina nell'art. 11 della legge di riforma, senza intervenire sull'art. 41 c.p.c., né in alcun modo coordinando la permanente disciplina codicistica con le nuove previsioni in materia di giurisdizione. Da qui l'incognita circa la persistenza o meno del regolamento preventivo come istituto atto a definire le questioni di giurisdizione nelle controversie di diritto internazionale privato. Le Sezioni Unite hanno precisato (3), che il regolamento di cui all'art. 41 c.p.c. è ancora ammissibile per le questioni connesse alla giurisdizione italiana, ravvisando la natura dell'art. 41 di rinvio recettizio alla disciplina del difetto di giurisdizione, ossia oggi all'art. 11 della legge 218/1995, senza che vi osti la mutata *sedes materiae*, né il trattamento in parte diverso della materia (4). Parte della dottrina ha aderito alla tesi della Cassazione mediante un'esegesi teleologica e sistematica delle disposizioni (5). Tuttavia, come osservato in altra dottrina, la giurisprudenza è venuta a un esito «solo apparentemente scontato» (6). L'incertezza del quadro normativo, l'assenza di una chiara volontà legislativa e il carattere "eccezionale" dell'istituto, avrebbero ben potuto condurre a ritenere l'abolizione del regolamento preventivo nei casi di cui al soppresso articolo 37, secondo comma, c.p.c. Elementi tutti valorizzati dalla parte di dottrina schieratasi per l'*interpretatio abrogans*, in opposto alle Sezioni Unite (7), ma in conformità a una linea più ampia e risalente che guarda con accentuato sfavore all'istituto in questione (8).

3. Effetti del domicilio del convenuto e problematiche connesse al caso di specie.

Riconosciuta la persistenza del regolamento preventivo di giurisdizione nel vigente sistema di diritto processuale civile internazionale, occorre definirne i limiti e i presupposti. In proposito la giurisprudenza delle Sezioni Unite si conforma a una lettura restrittiva (9), secondo cui ogni parte è legittimata a proporlo, ma «solo se il convenuto sia domiciliato o residente all'estero e contesti (o comunque non accetti) la giurisdizione del giudice italiano, restando inammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione proposto per sollevare una questione concernente il difetto di giurisdizione del giudice italiano, allorché convenuti nella causa di merito siano soggetti residenti e domiciliati in Italia» (10), a prescindere dall'esistenza di una delle fattispecie indicate dall'art. 11 della legge 218/1995. Dal punto di vista della massima astrattamente considerata, l'ordinanza in discorso si pone nel segno della continuità rispetto a un orientamento ormai consolidato (11). Il fatto nuovo è piuttosto nell'aver affrontato la questione per la prima volta in riferimento all'istituto dell'immunità funzionale degli agenti di Stati esteri, che più di altre assume rilevanza non solamente perchè rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado processuale (12), ma anche perchè più di altre potenzialmente capace di impegnare la responsabilità internazionale dello Stato in caso d'inesatta applicazione delle norme generali. Secondo l'ordinanza, l'immunità funzionale del R.I.N.A. non può venire in rilievo, poiché la sede in Italia dell'ente e della società convenuti rende inammissibile il ricorso. Va detto che in un contesto legislativo si lacunoso e incerto appare incongruo muovere obiezioni radicali alla soluzione adottata dal-

l'ordinanza, che comunque accede a un orientamento consolidato nell'interpretare i rapporti fra l'art. 3 e l'art. 11 della legge 218/1995, con il conforto – e l'ostacolo – di un'aderenza stretta al dettato delle disposizioni. Al contempo, va messa in luce la possibilità di soluzioni alternative assolutamente plausibili e altrettanto fondate, nel senso di una maggior propensione a valorizzare l'aspetto teleologico dell'istituto processuale. Ne fa prova che il Pubblico Ministero avesse concluso per l'accoglimento del ricorso e per la giurisdizione italiana. L'interpretazione restrittiva adottata dall'ordinanza condurrebbe più in generale a risultati discutibili e smentiti dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte. A ritenere che la residenza o domicilio in Italia del convenuto immune renda sempre inammissibile la preventiva regolazione ex art. 41 c.p.c., si giungerebbe ad escludere il ricorso anche in tutte le liti mosse alle rappresentanze diplomatiche accreditate in Italia, nonché agli enti di diritto pubblico straniero istituiti con sede in Italia. Giusta l'insegnamento della dottrina, le sedi diplomatiche non costituiscono un enclave dello Stato accreditante, ma restano parte del territorio soggetto alla sovranità dell'accreditatario, pur godendo di un peculiare regime d'immunità imposto dalla norma del *ne impediatur legatio* (13). Poiché ai fini dell'art. 3 della legge 218/1995 rileva esclusivamente il dato obiettivo del domicilio (14) in Italia, seguendo la massima dell'ordinanza in commento si dovrebbe reputare inammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione in una causa con una rappresentanza diplomatica avente sede in Italia. Invero, le Sezioni Unite ritengono chiaramente ammissibile il regolamento proposto in controversie con Ambasciate straniere accreditate in Italia (o comunque ivi esistenti). La medesima soluzione è stata accolta dalla Cassazione anche in riferimento ad enti di diritto pubblico straniero con sede in Italia, poiché ivi destinati a svolgere le proprie funzioni statutarie (es. Accademia di Francia a Roma, Goethe Institut) (15). Ciò posto, non sarebbe difficile ammettere il ricorso nel caso di specie (16).

4. Diritto internazionale generale e immunità funzionale. Il ruolo processuale della qualificazione sostanziale degli atti.

Benché il ricorso sia stato deciso nel senso dell'inammissibilità, è utile svolgere qualche considerazione sul tema dell'immunità funzionale allegata dal R.I.N.A., in relazione ai fatti per cui è causa. L'immunità dalla giurisdizione è fra gli istituti più antichi e significativi del diritto internazionale generale. A partire dal secolo scorso, la dottrina distingue tre specie d'immunità, sia in senso dogmatico, sia per taluni aspetti anche in senso normativo.

Innanzitutto l'immunità dello Stato *stricto sensu*, ossia inteso come persona giuridica del diritto internazionale convenuta in un giudizio avanti il foro di un altro Stato (17), che deve perciò rigettare l'esercizio della giurisdizione (*par in parem non habet iudicium*), con talune deroghe.

Secondariamente le immunità personali riconosciute al Capo dello Stato estero, al Capo del Governo e al Ministro degli esteri, nonché ai rappresentanti diplomatici. Da ultimo l'immunità funzionale (18), su cui occorre soffermarsi, espressa nel consuetudinario principio del *ne impediatur officium*.

Va detto che la giurisprudenza (19) e la dottrina si son occupate dei profili penali in via di gran lunga prevalente (20), soffermandosi sul discusso trattamento di svariate fattispecie particolari che qui non rilevano. Venendo senz'altro agli aspetti di giurisdizione civile, occorre precisare innanzitutto che, a livello comparato, le decisioni nazionali delineano un contesto

assai variabile, oscillando da tesi fortemente estensive dell'immunità civile ad altre fortemente restrittive (21).

Tirando le somme di un discorso che potrebbe estendersi ampiamente, e ricorrendo per analogia ai principi generali e alle norme sull'immunità degli Stati in senso proprio, è possibile raggiungere una definizione sufficientemente intellegibile dell'istituto, al netto di tutti i subordinati problemi definitivi e disciplinari connessi alle figure di cui si compone. Per usare le chiare espressioni della dottrina, mentre «l'immunità personale copre gli atti compiuti nella capacità personale, cioè al di fuori dell'esercizio delle funzioni di organo, e dura solo per il periodo in cui l'individuo è investito di quella particolare carica [...] l'immunità funzionale deriva dal principio secondo cui l'atto è compiuto dall'organo per conto dello Stato per cui esercita le funzioni» (22). Qualora tale atto sia allegato come materia di lite, il giudice straniero deve limitarsi a una decisione di rito che dichiari il difetto di giurisdizione. Perciò è necessario discernere l'insieme degli atti per i quali sussiste l'immunità da tutti gli altri che possa avere realizzato un identico soggetto giuridico come agente di uno Stato estero. Innanzitutto abbiamo una fascia "inferiore" di atti ai quali si può estendere la giurisdizione, in ragione della loro qualità meramente privatistica, secondo la norma sull'immunità relativa (23). Pur con talune incertezze, la giurisdizione del foro va ammessa per una fascia "superiore" di fattispecie, in presenza di crimini internazionali *dell'individuo* (24). Fissata per sottrazione la categoria degli atti *iure imperii*, garantiti dall'immunità, è necessario passare a definirli in positivo.

A tal proposito sorge un problema ulteriore e più grave, a giudicare dalle proporzioni che ha assunto nella discussione della dottrina. In buona sostanza, si tratta del tema della qualificazione giuridica, ben noto al diritto internazionale privato, trasposto qui in un'ottica pubblicistica riferita all'individuazione degli atti che appartengono alla sfera della sovranità. Si prospettano infatti quelle opzioni e quelle aporie che s'incontrano anche in materia privatistica: qualificazione *lege fori* o *lege causae*, a cui si aggiunge la possibilità di qualificare secondo il diritto interno dello Stato convenuto che per ipotesi diverga dalla legge applicabile al rapporto.

In realtà non sempre, nelle diverse pronunce, emerge la discussione della problematica, e in quelle che se ne occupano le soluzioni tendono a divergere, ma risulta prevalente la tesi della qualificazione *lege fori*. Tale interpretazione non sembra tuttavia meritevole di condivisione. L'approccio fondato sulla *lex fori* risulta eccessivamente unilaterale e nel caso del diritto internazionale pubblico è capace di condurre potenzialmente a una violazione delle norme sull'immunità. Questo ostacolo era già stato superato da una dottrina ormai risalente, anche se con riscontri in giurisprudenza assolutamente isolati ed episodici (25). Come spiegava SPERDUTI «occorre formulare la relativa norma o principio di diritto internazionale consuetudinario a un dipresso nei termini: "uno Stato è tenuto ad esentare dalla propria giurisdizione uno Stato estero per quei fatti e rapporti che, in buona fede, possa considerare compresi nell'esplicazione del potere statale estero"» (26). Nessuno Stato potrà lamentare una lesione del proprio affidamento per via di una decisione che neghi l'immunità per atti qualificati pubblicistici nell'ordinamento interno, in maniera certamente legittima, ma arbitraria e priva di riscontri pregnanti nei principi generali. Tutto ciò conduce quindi a una precisa conclusione. Chiaramente, la *fons essendi* delle norme in tema d'immunità è da porre nel diritto internazionale consuetudinario oppure, ove ne ricorrano i presupposti, in una disposizione della Convenzione di Basilea del 1972 o di quella di New York

del 2004 (questa peraltro non ancora in vigore). Allora, la volontà di fondare l'interpretazione di una norma internazionale, generale o pattizia, su canoni propri al diritto interno risulta intrinsecamente scorretta. Essendo un'operazione del tutto eccezionale e anomala, l'esegesi di norme internazionali fondata su criteri puramente interni può avvenire soltanto ove legittimata da un rinvio espresso, mentre si dovrà presumere altrimenti che ciò non convenga alla corretta relazione fra i due ordinamenti. A ritenere diversamente s'insinuerebbe un elemento di crisi difficilmente governabile, come, ad esempio, quando si volesse assoggettare una norma internazionale ad interpretazione sistematica, riferita non già al suo ordine giuridico di appartenenza, ma a quello interno.

Così definiti i presupposti della materia, in applicazione dell'immunità relativa, che limita l'obbligo di garantirla alle sole fattispecie di atti *iure imperii*, si può definire l'immunità funzionale come difetto della giurisdizione sul soggetto che abbia espletato funzioni o mansioni (27) di natura sovrana per uno Stato estero. È chiaro poi che, trattandosi di un'immunità *ratione materiae*, quella funzionale avverte in maniera ancor più viva il problema della qualificazione degli atti. Alla luce di queste considerazioni occorre valutare se nella specie il R.I.NA. potesse opporre con fondamento l'eccezione preliminare di immunità dalla giurisdizione italiana, pur in qualità di parte convenuta caratterizzata dall'essere persona giuridica di diritto italiano con domicilio in Italia a norma dell'art. 3 della legge 218/1995.

5. Il problema dell'atto vincolato di natura tecnica e il caso di specie.

Nella specie, si è discusso della possibilità o meno di ricondurre ad atti di diritto pubblico l'attività di certificazione svolta dal R.I.NA. per delega dello Stato di Panama. Secondo le conclusioni del Pubblico Ministero, sussisterebbe la giurisdizione italiana per due ragioni attinenti alla natura degli atti della società di certificazione.

In primo luogo, la Procura Generale aveva attribuito una valenza di diritto privato agli attestati tecnici emessi dal R.I.NA. per conto di Panama. Ferme le doverose distinzioni del caso (28), l'assunto non sembra condivisibile, come non era stato condiviso dai giudici genovesi nella precedente controversia sul naufragio del "Boccaccio". Volendo applicare il canone della buona fede all'interpretazione degli atti, come sopra argomentato, si può vedere che la società di certificazione emette provvedimenti atti alla modifica della situazione giuridica del destinatario, previo accertamento della conformità o difformità del natante a norme di diritto pubblico, anche e soprattutto internazionale, per giunta lasciando esposto lo Stato di bandiera alla responsabilità internazionale in caso di danni cagionati dall'errata valutazione dei requisiti tecnici (29). Da tali elementi sembra emergere distintamente la natura pubblicistica degli atti in discorso. A ciò si aggiunge che il R.I.NA. aveva stipulato una convenzione con le competenti autorità di Panama che assegnava funzioni amministrative all'attività di certificazione svolta dalla società. Alle medesime conclusioni si è indotti anche qualificando gli atti *lege fori*, come si evince dall'accurata motivazione svolta dal T.A.R. genovese nell'ambito di questa stessa vicenda (30).

La Procura Generale della Cassazione ha sostenuto in proposito una seconda tesi, nuova, secondo cui il carattere tecnico e vincolato dell'attività di verifica e attestazione osterebbe al riconoscimento dell'immunità giurisdizionale. Il contenuto dell'interpretazione è chiaro e, prescindere dalla valutazione sulla correttezza di questa conclusione, essa appare coerente in

termini logico-giuridici. Riconosciuta la *ratio* dell'immunità nell'obbligo di uno Stato di garantire il libero esercizio delle altrui funzioni sovrane (31), sarebbe facile giungere alla conclusione per cui l'insussistenza di una possibile discrezionalità legislativa o amministrativa farebbe venir meno quella ragione di tutela che è posta a fondamento dell'immunità medesima. Invero, la tesi che nega l'immunità per gli atti non soggetti a un trattamento discrezionale apparve già nella sentenza statunitense sul caso *Letelier v. Chile* del 1981, da cui prese le mosse quel dibattito dai confini assai incerti sulla possibilità di riconoscere il beneficio immunitario in presenza di atti più o meno illeciti secondo il diritto internazionale, che a seguito degli interventi epocali della Cassazione italiana ha assunto prevalentemente i termini dell'antinomia fra crimine internazionale dello Stato e immunità dalla giurisdizione.

Ciò detto, non sembra che sia meritevole di accoglimento la tesi favorevole alla giurisdizione in presenza di atti vincolati (positivamente o negativamente). Un primo aspetto consiste nell'osservare che gli ordinamenti amministrativi conoscono generalmente atti vincolati al riscontro di determinati presupposti, che, per quanto tali, vengono emessi esclusivamente dallo Stato con poteri autoritativi, ossia modificando l'ambito giuridico del destinatario in via unilaterale, accrescendolo o riducendolo. Non certo per questo perderanno la loro connotazione di atti di diritto pubblico, anche ai fini del regime dell'immunità. Soprattutto risulta dirimente una seconda osservazione, in materia di responsabilità internazionale. In tema d'illecito, non solo lo Stato non ha discrezionalità di compiere un dato atto, ma esso è positivamente vietato e sanzionato dal diritto internazionale. Nessuno invero dubita che la sola responsabilità internazionale dello Stato, a cui si imputano gli atti dell'agente, faccia venir meno l'immunità ove tali atti rilevino in giudizio davanti al foro di un altro Stato. Ciò per quanto concerne l'illecito internazionale semplice. Il discorso è più complesso in ipotesi di responsabilità internazionale aggravata, ossia di *crimina iuris gentium*. Mentre è pacifico che il semplice carattere illecito dell'atto sul piano internazionale non spieghi alcuna efficacia derogatoria sul regime immunitario, si dibatte se un tale effetto possa riconoscersi nel caso dei *crimina*. Comunque sia, al fine che qui rileva, l'esito di tale questione è destinato a confermare che il carattere vincolato di un atto (in termini attivi od omissivi) non può escludere *ex se* l'immunità dalla giurisdizione estera. Anche quando si voglia accedere alla tesi saldamente propugnata dalla giurisprudenza italiana (32) (e non entriamo qui nel merito della diatriba), e negare l'immunità allo Stato estero chiamato a rispondere a titolo di responsabilità aquiliana del danno connesso a *crimina iuris gentium* (33), questa rimarrebbe una deroga alla tutela immunitaria degli atti di diritto pubblico assolutamente circoscritta, eccezionale e giustificata da un complesso di argomenti che riposano sul peculiare trattamento sanzionatorio dell'illecito internazionale aggravato, perciò insuscettibile di essere generalizzata in base ai detti criteri dell'atto discrezionale o meno, che trovano una smentita sia nei principi generali in materia di immunità, sia nella prassi internazionale, orientata nel senso di negare la giurisdizione anche nell'ipotesi estrema dei crimini internazionali.

6. Conclusioni.

La materia di lite si inserisce in un contesto normativo particolarmente confuso, capace di fondare interpretazioni differenti a partire da opzioni esegetiche più generali. Come si è già osservato, proprio in tale ambito la tesi dell'ordinanza può risultare giustificata da un'interpretazione piuttosto rigida e

restrittiva, che si pone in continuità con un approccio riduttivo di carattere più ampio nei confronti dell'istituto processuale. In base a considerazioni di ordine sistematico e teleologico, sarebbe egualmente plausibile un'interpretazione più agile che ritenesse ammissibile il ricorso nella fattispecie di causa. I riferimenti legislativi ben poco puntuali legittimerebbero infatti entrambe le prospettive. Anche per quanto riguarda il tema dell'immunità funzionale nel processo civile, il diritto applicabile non è alieno da incertezze, tipiche dell'ordinamento internazionale generale, fortemente condizionato da consuetudini applicative talora discordanti. Tuttavia nel caso in esame emergono elementi consistenti e concordanti nel senso di qualificare gli atti del R.I.NA. quali *acta iure imperii*, tali da escludere la giurisdizione italiana (34). Qualche eventualità di segno opposto si potrebbe immaginare al più per gli atti di mera classificazione, ma nella precedente controversia il Tribunale di Genova aveva ritenuto arbitraria la differenza con la certificazione ai fini dell'immunità (35). In ogni caso, resta salvo il caso di una rinuncia al beneficio, pur sempre possibile trattandosi di una prerogativa indubbiamente disponibile, da parte tuttavia non della stessa società convenuta, bensì del Panama, nel cui solo interesse è disposta dal diritto internazionale (36).

Matteo Borreani
Dottore in Giurisprudenza

Note:

(1) In via preliminare era stato proposto un ricorso in sede amministrativa contro il diniego del R.I.NA. s.p.a. alla domanda di accesso agli atti ai fini dell'instaurando giudizio civile. Premessa un'ampia disamina della normativa internazionale sull'attività di certificazione marittima, i giudici amministrativi (T.A.R. Liguria, 12 settembre 2007 n. 1569, in *Dir. trasporti*, 2009, pp. 189 ss., con nota di Cuccu) sono giunti alla conclusione di porre come discriminante l'assunzione della bandiera di Panama da parte della sfortunata nave (aprile 1999). Per il periodo antecedente va affermata la qualifica di pubblica amministrazione in capo al R.I.NA., poiché la società svolgeva autentiche funzioni pubbliche a carattere certificativo o comunque connotate da pubblico interesse in quanto svolte per ausilio tecnico dell'amministrazione competente. Ne conseguiva la condanna del R.I.NA. al rilascio di tutta e sola la documentazione precedente al cambio di bandiera. Al contrario, per il periodo successivo non sussisterebbe una pretesa legittimamente fondata giacché «nell'attività della resistente non può che ravvisarsi una manifestazione della potestà o capacità pubblicistica di un'amministrazione statale straniera, ciò che rende l'ente irriducibile alla nozione di pubblica amministrazione passibile di accesso agli atti secondo la legge nazionale italiana: in altri termini, se non vi è dubbio che R.I.NA. S.p.a. sia così qualificabile quando agisce per lo Stato italiano o in suo ausilio, lo stesso non può dirsi quando essa spenda la propria attività nel diretto interesse di altri Stati, in relazione alla cui attività non sussistono del resto quelle esigenze di rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, e buon andamento cui la disciplina interna sull'accesso presiede».

(2) Cfr. Trib. Genova, 8 marzo 2012, Giudice Unico Spera, in *Dir. mar.*, 2013, pp. 145 ss. (massime) e, successivamente, App. Genova, 26 aprile 2017, n. 534, ancora inedita, che peraltro alle pp. 58-59 richiama Cass., sez. un., 28 settembre 2016, n. 13569. Nella precedente controversia (R. G. 9477/2010) figurava per convenuto solamente il R.I.NA. s.p.a. Tolta la diversità degli attori e di uno dei convenuti, i fatti di causa corrispondevano a quelli del successivo giudizio (R. G. 9852/2013) in cui si è pronunciata la Cassazione in via preventiva ex art. 41 c.p.c.

(3) Cass., 1 febbraio 1999 n. 6, in *Foro it.*, 1999, parte I, coll. 1865 ss. In seguito la tesi era stata confermata da Cass., 7 marzo 2005 n. 4807, in *Dir. giust.* n. 15/2005, pp. 68-69; Cass., 24 marzo 2006 n. 6585, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 781. Una conferma ulteriore e particolarmente significativa è venuta da tredici ordinanze pronunciate nel 2008 (Cass., 29 maggio 2008, da 14200 a 14212, pubblicate la n. 14201 in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, pp. 651 ss.; nonché la n. 14209, in *Riv. dir. int.*, 2008, pp. 896 ss.).

(4) Sul punto si rinvia a G. Balena, *I nuovi limiti della giurisdizione italiana (secondo la legge 31 maggio 1995 n. 218)*, in *Foro it.*, 1996, parte V, coll. 209 ss.

(5) Così A. Attardi, *Diritto processuale civile*, Padova, 1999, vol. I, p. 207; L. P. Comoglio, C. Ferri, M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2011, p. 168; C. Mandrioli, A. Carratta, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2012, p. 132; G. Tarzia, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1996, p. 307; Id., F. Danovi, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2014, pp. 37-38. G. Campeis e A. De Pauli, *Il processo civile italiano e lo straniero*, Milano, 1996, p. 128, non si pronunciano esplicitamente, ma lasciano intendere di ritenere ammissibile il regolamento

(6) M. P. Gasperini, *Le ripercussioni dell'abrogazione dell'art. 37, 2° comma, sull'art. 41 c.p.c.: le Sezioni unite "salvano" in regolamento di giurisdizione*, in *Giust. civ.*, 1999, parte I, p. 1635.

(7) Netamente contrari M. P. Gasperini, *Le ripercussioni dell'abrogazione dell'art. 37, 2° comma, sull'art. 41 c.p.c.: le Sezioni unite "salvano" in regolamento di giurisdizione*, cit.; A. Giussani, in *Aa. Vv.*, *Processo civile e riforma del diritto internazionale privato*, Milano, 1997, pp. 241 ss.; G. Trisorio Liuzzi, *Regolamento di giurisdizione*, in *Dig. civ.*, Torino, 1997, vol. XVI, p. 516. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2012, p. 133, pur non dicendosi contrario, afferma però che l'abrogazione «possa far sorgere qualche dubbio».

(8) Rimangono emblematiche le considerazioni di F. Cipriani, *Il regolamento preventivo di giurisdizione*, Napoli, 1981, specialmente alle pp. 104 ss e 187 ss.

(9) Maturata peraltro in un contesto in cui la Suprema Corte aveva ristretto di molto i requisiti per l'ammissione del ricorso, con l'esclusione dai procedimenti cautelari (Cass., 22 marzo 1996 n. 2465, in *Foro it.*, parte I, coll. 1635 ss.) e comunque dopo che il giudice di merito abbia emesso una qualunque sentenza anche non definitiva e limitata a questioni processuali (Cass., 22 marzo 1996 n. 2466, *ibidem*, con commento di F. Cipriani, *Le Sezioni unite riscrivono l'art. 41 c.p.c. e sopprimono (o quasi) il regolamento di giurisdizione*), soluzione che la Suprema Corte ha ritenuto confermata e corroborata dalla previsione della *translatio iudicii* ex art. 59 della legge 69/2009: Cass., 4 marzo 2016 n. 4249, in *Guida dir.*, n. 18/2016, pp. 62 ss.; in precedenza Cass., 8 febbraio 2010 n. 2716, in *Corr. giur.*, 2010, pp. 756 ss.

(10) Così l'ordinanza in commento, § 2.3.

(11) In tal senso Cass., 7 marzo 2002 n. 3385, in *Studium iuris*, 2002, pp. 794 ss.; Cass., 21 maggio 2004 n. 9802, in *Riv. dir. int.*, 2005, pp. 206 ss.; Cass., 7 marzo 2005 n. 4807, in *Dir. giust.*, n. 15/2005, pp. 68 ss.; Cass., 24 marzo 2006 n. 6585, in *Giust. civ.*, 2007, parte I, pp. 2921 ss. Successivamente all'ordinanza in commento, il principio di diritto è stato nuovamente riaffermato dalle Sezioni Unite in Cass., 22 dicembre 2016 n. 26646, ancora inedita.

(12) Essendo ricompresa nei casi in cui «la giurisdizione italiana è esclusa per effetto di una norma internazionale», ex art. 11, *in fine*, della legge 218/1995.

(13) Molto chiaramente sul punto v. per tutti A. Sinagra, P. Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009, pp. 381-382, conforme a quanto già propugnato in passato da R. Quadri. Il Grotius si era espresso ambiguamente sul punto, usando l'espressione «quasi extra territorium», che forse lasciò aperta qualche questione.

(14) Così la stessa ordinanza in commento, § 2.1: «nel vigente sistema italiano del diritto internazionale privato assume rilevanza, quale criterio generale di radicamento della competenza giurisdizionale del

giudice italiano, solo il dato obiettivo del domicilio o della residenza del convenuto in Italia, senza che possa più farsi distinzione tra convenuto italiano o straniero».

(15) Il principio è usuale. Fra le molte si veda in maniera esemplare Cass., 18 settembre 2014 n. 19674, in *Foro it.*, 2015, parte I, coll. 540 ss.

(16) Peraltro va pure osservato che proprio nel caso di specie la soluzione data confligge apertamente con la massima altra volta emessa dalle medesime Sezioni Unite, secondo cui le ipotesi di carenza di giurisdizione già menzionate dal secondo comma dell'art. 37 c.p.c. devono includere le ipotesi in cui il difetto, ad onta della cittadinanza italiana del convenuto, derivi dalla *sua estraneità all'ordinamento italiano in riferimento allo specifico rapporto fatto valere in giudizio* (Cass., 13 febbraio 1993 n. 1824, in *Foro it.*, 1994, parte I, pp. 537 ss.).

(17) La bibliografia sulla materia è davvero assai ampia. Tra gli studi più ampi e documentati si rinvia per un esame generale a H. Fox, P. Webb, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2013.

(18) L'immunità funzionale peraltro può concorrere con quella personale. Cfr. più diffusamente R. Luzzatto, I. Queirolo, *Sovranità territoriale, "jurisdiction" e regole di immunità*, in S. M. Carbone, R. Luzzatto, A. Santa Maria (curr.), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2016, p. 216.

(19) Cfr. Cass. pen., 17 luglio 1987 n. 3932, in *Riv. dir. int.*, 1988, pp. 216 ss.; G.i.p. Trento, 13 luglio 1998, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 3588 ss.; Cass. pen., 24 luglio 2008 n. 31171, in *Riv. pen.*, 2008, pp. 1133 ss., tutte in senso favorevole all'immunità. *Contra*, Cass. pen., 29 novembre 2012 n. 46340, in *Riv. dir. int.*, 2013, pp. 272 ss.

(20) D. Akande, S. Shah, *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts*, in *Eur. Journ. Int. Law*, 2010, pp. 815 ss.; D. Amoroso, *Sull'(in)esistenza di un regime generale in materia di immunità funzionale degli organi stranieri*, in *Giur. it.*, 2013, pp. 1900 ss.; M. De Vito, *Esercizio della giurisdizione penale e immunità funzionale degli organi statali nel caso Lozano*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2009, pp. 3 ss.; G. M. Farnelli, *Profili giuridici della recente controversia tra Italia e India nel caso dei fucilieri del Battaglione San Marco*, in *Com. int.*, 2013, pp. 461 ss.; M. Frulli, *Some Reflections on the Functional Immunity of State Officials*, in *It. Yearb. Int. Law*, 2009, pp. 91 ss.; Id., *On the Existence of a Customary Rule Granting Functional Immunity to State Officials and Its Exceptions: Back to Square One*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2016, pp. 479 ss.; P. Gaeta, *Extraordinary renditions e giurisdizione italiana nei confronti degli agenti statunitensi coinvolti nel c.d. caso Abu Omar*, in *Riv. dir. int.*, 2013, pp. 530 ss.; R. Nigro, *La disciplina dei militari impegnati all'estero in missioni umanitarie: in margine al caso Lozano*, in *Dir. um. dir. int.*, 2009, pp. 565 ss.; R. Pisillo Mazzeschi, *The functional immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the traditional theories*, in *Questions of International Law*, 2015, pp. 3 ss.; N. Ronzitti, *La difesa contro i pirati e l'imbarco di personale militare armato sui mercantili: il caso della Enrica Lexie e la controversia Italia-India*, in *Riv. dir. int.*, 2013, pp. 1073 ss.; T. Russo, *Immunità dalla giurisdizione per atti di stati stranieri. La c.d. "immunity review"*, Napoli, 2012, segnatamente ai capp. I e III; Id., *Il caso dei Marò tra giurisdizione nazionale e internazionale*, in *Riv. coop. giur. int.*, n. 2/2013, pp. 33 ss.; L. Salamone, *Riflessioni sul caso dell' "Enrica Lexie": il problema della giurisdizione*, in *Dir. mar.*, 2012, pp. 310 ss.; R. Zaman, *Playing the Ace? Jus Cogens Crimes and Functional Immunity in National Courts*, in *Australian Int. Law Journal*, 2010, pp. 53 ss.

(21) Cfr. R. Pisillo Mazzeschi, *The functional immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the traditional theories*, cit., pp. 21 ss. L'incertezza spiccata del regime dell'immunità funzionale induce spesso a definirne il tenore con specifiche clausole convenzionali in deroga al regime consuetudinario, ma anche in questi casi le previsioni si riferiscono ordinariamente alla materia penale.

(22) Si tratta di un assunto condiviso di cui dà bene conto, ad esempio, N. Ronzitti, *La difesa contro i pirati e l'imbarco di personale militare armato sui mercantili: il caso della Enrica Lexie e la controversia Ita-*

lia-India, cit., § 7.

(23) È noto che negli ultimi decenni del XIX secolo si affermò la norma di diritto generale secondo cui esiste un obbligo di declinare l'esercizio della giurisdizione solamente ove la *causa petendi* attenga alla sfera sovrana, con l'esclusione di tutte le fattispecie in cui si discute di atti di diritto privato compiuti da uno Stato. Durante il XX secolo uno dei problemi più significativi per l'applicazione corretta dell'immunità relativa derivava dall'esercizio di attività commerciali da parte dei pubblici poteri, spesso mediante persone giuridiche pubbliche e comunque con l'intervento *iure imperii* nella gestione. Paradossalmente oggi la norma deve fronteggiare un fenomeno opposto, ossia l'esercizio di pubblici poteri con società di capitali e altri soggetti del diritto privato.

(24) In questa materia è d'obbligo il riferimento all'ampio studio di M. Frulli, *Immunità e crimini internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Torino, 2007.

(25) Cfr. in maniera paradigmatica Trib. Roma, 15 novembre 1951 e Trib. Roma, 28 gennaio 1952, in *Foro it.*, 1952, parte I, coll. 796 ss.

(26) G. Sperduti, *Sulla esenzione degli Stati esteri dalla giurisdizione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, p. 597; Id., *L'esenzione degli Stati esteri dalla giurisdizione e il principio della buona fede*, in *Foro it.*, 1952, I, coll. 796 ss.

(27) Si confronti la definizione di «*organe de l'État*» recata dall'art. 4 del Progetto di convenzione sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001.

(28) Per un'analisi approfondita dei profili giuridici connessi all'attività di classificazione e certificazione marittima cfr. S. Dominelli, I. Queirolo, *Statutory certificates e immunità funzionale del registro italiano navale*, in *Dir. mar.*, 2013, spec. pp. 166 ss., nonché l'ulteriore bibliografia ivi ricordata. Si distinguono in proposito due categorie di atti: classificazione e certificazione. I cosiddetti *class certificates*, sorti dalla prassi commerciale del XVIII secolo, contengono un giudizio sullo stato di sicurezza della nave (ad es. ai fini assicurativi), a cui va riconosciuta una natura tendenziale di atti *iure privatorum* («pur non costituendo in linea di principio un'espressione diretta del potere pubblico che legittimerebbe l'eccezione di immunità dalla giurisdizione, possono, in determinate circostanze, elaborare requisiti di sicurezza che, pur se stabiliti da una singola società di classifica, concorrono alla formazione della normativa internazionale in tema di sicurezza della navigazione che gli Stati hanno l'obbligo di far rispettare»). Diversamente, i cosiddetti *statutory certificates*, di origine più recente, adempiono l'obbligo degli Stati di sottoporre a verifiche il naviglio di bandiera e di certificarne la rispondenza alle norme tecniche sulla navigazione, per cui assumono una valenza di atti *iure imperii* ai fini del regime immunitario.

(29) Per tutti cfr. L. Schiano di Pepe, *Inquinamento marino da navi e poteri dello Stato costiero. Diritto internazionale e disciplina comunitaria*, Milano, 2007, specialmente alle pp. 40 ss.

(30) *Supra*, nota 1.

(31) L'osservazione è corretta, ma tale ragione non esaurisce il sostrato dell'istituto, che continua a radicarsi anche nel principio di sovrana eguaglianza degli Stati, canone fondativo dell'ordine internazionale moderno. Si tratta di un ostacolo concettuale alla giurisdizione civile di uno Stato su un altro che fu attenuato nel XIX secolo con la norma dell'immunità relativa, ispirata a considerazioni materiali di *favor iuris* per il contraente privato. Tutto ciò si motiva argomentando che lo Stato estero, nell'agire *tamquam privatus*, deve accettare la disciplina dei rapporti privati per non *venire contra factum proprium*, divenendo così *subditus temporaneus legum*.

(32) È noto che una deroga siffatta è stata radicalmente esclusa dalla Corte internazionale di giustizia, 3 febbraio 2012, *Controversia relativa alle immunità giurisdizionali dello Stato*, Germania c. Italia, Grecia interveniente, in *C.I.J. Recueil*, 2012, pp. 99 ss.

(33) Tesi consolidata, con la sola eccezione delle pronunce rese dopo

la decisione della Corte dell'Aia del 3 febbraio 2012 e prima della sentenza della Corte costituzionale del 22 ottobre 2014. Cfr. per le decisioni di maggior importanza: Cass., 11 marzo 2004 n. 5044, in *Riv. dir. int.*, 2004, pp. 539 ss.; Cass., 29 maggio 2008 n. 14199, in *Riv. dir. int.*, 2009, pp. 594 ss.; Cass., 29 maggio 2008 n. 14201, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, pp. 651 ss.; Cass., 29 maggio 2008 n. 14209, in *Riv. dir. int.*, 2008, pp. 896 ss.; Cass. pen., 13 gennaio 2009 n. 1072, in *Riv. dir. int.*, 2009, pp. 619 ss.; Cass., 20 maggio 2011 n. 11163, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, pp. 391 ss.; C. cost., 22 ottobre 2014 n. 238, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 3853 ss.; C. cost., 3 marzo 2015 n. 30, in *Riv. dir. int.*, 2015, pp. 1020 ss.; Cass., 6 maggio 2015 n. 9097, in *Riv. dir. int.*, 2015, pp. 1039 ss.; Cass., 6 maggio 2015 n. 9098, inedita; Cass., 28 ottobre 2015 n. 21946, in *Diritto del commercio internazionale*, 2016, pp. 783 ss.; Cass., 28 ottobre 2015 n. 21947, inedita; Cass. pen., 29 ottobre 2015 n. 43696, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 4253 ss.; Cass., 29 luglio 2016 n. 15812, in *Giust. civ. mass.*, 2016. Nella giurisprudenza di merito segnaliamo la sentenza della Corte d'Appello di Genova, 12 febbraio 2014 n. 233, in *Nuova giur. ligure*, n. 2/2014, pp. 6 ss., intervenuta tuttavia prima della svolta decisa dalla Corte costituzionale. La dottrina sulla questione è assai ampia. Di necessità segnaliamo qui soltanto alcuni contributi a titolo orientativo per i vari periodi in cui si è dipanato l'acceso dibattito: A. Atteritano, *Immunity of States and their Organs: the Contribution of Italian Jurisprudence Over the Past Ten Years*, in *It. Yearb. Int. Law*, 2009, pp. 33 ss.; R. Baratta, *L'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero autore di un crimine di guerra*, in *Giust. civ.*, 2004, parte I, pp. 1200 ss.; P. C. Bornkamm, *State Immunity Against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the State*, in *German Law Journal*, 2012, pp. 773 ss.; M. Bothe, *The Decision of the Italian Constitutional Court concerning the Jurisdictional Immunities of Germany*, in *It. Yearb. Int. Law*, 2014, pp. 25 ss.; S. Dominelli, *L'incidenza della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia nell'ordinamento interno e internazionale in materia di immunità statale per la commissione di crimina iuris gentium: posizioni attuali e prospettive future*, in *Nuova giur. ligure*, n. 2/2014, pp. 7 ss.; P. Faraguna, *La sentenza costituzionale n. 238/2014: tra illecito internazionale e controlimiti*, in *Studium iuris*, 2015, pp. 267 ss.; C. Focarelli, *Immunità des États et jus cogens. La dynamique du droit international et la fonction du jus cogens dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des États étrangers*, in *Rev. gén. dr. int. pub.*, 2008, pp. 761 ss.; F. Franceschelli, *Una bussola per orientarsi nella materia della immunità giurisdizionale degli Stati*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 4254 ss.; P. F. Laval, *L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce intervenant)*, in *Ann. fr. dr. int.*, 2012, pp. 147 ss.; M. Lando, *Intimations of Unconstitutionality: The Supremacy of International Law and Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, in *The Modern Law Review*, 2015, pp. 1028 ss.; M. Longobardo, *The Italian Constitutional Court's Ruling Against State Immunity When International Crimes Occur: Thoughts on Decision No 238 of 2014*, in *Melb. Journ. Int. Law*, 2015, pp. 255 ss.; M. Lynn Klinzing, *Denying Reparation for Slave and Forced Laborers in World War II and the Ensuing Humanitarian Rights Implications: A Case Study of the ICJ's Recent Decision in Jurisdictional Immunities of the State (Ger. v. It.: Greece Intervening)*, in *Georgia Journ. Int. Comp. Law*, 2013, pp. 775 ss.; G. T. Mastaglia, *Immunidad de Estado: comentario a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia recaída en el caso "Inmunidad jurisdiccional del Estado"*, in *Ars boni et aequi*, 2012, pp. 303 ss.; M. McMenamin, *State Immunity Before the International Court of Justice: Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy)*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2013, pp. 189 ss.; N. Ronzitti, *La Cour constitutionnelle italienne et l'immunité juridictionnelle des États*, in *Ann. fr. dr. int.*, 2014, pp. 3 ss.; A. Sandulli, *All'estremo limite dei controlimiti: la Corte costituzionale e l'ordine legale internazionale*, in *Foro it.*, 2015, coll. 1166 ss.

(34) L'assenza del requisito del *locus commissi delicti* impedisce an-

che soltanto di considerare l'eventuale applicazione dell'art. 12 della Convenzione di New York sull'immunità statale del 2004, che reca una deroga molto particolare e discussa al regime dell'immunità per gli atti di rilevanza pubblicistica «*dans une procédure se rapportant à une action en réparation pécuniaire en cas de décès*», a condizione tuttavia che la condotta lesiva si sia verificata «*en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre État et si l'auteur de l'acte ou de l'omission était présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission*». Si vedano su questa importante disposizione B. Hess, *The International Law Commission's Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, in *Eur. Journ. Int. Law*, 1993, p. 274; C. Kas-sedjian, C. Schreuer, *Le projet d'articles de la Commission du Droit International des Nations-Unies sur les Immunités des États*, in *Rev. gén. dr. int. pub.*, 1991, p. 318. Inoltre va osservato che la Convenzione non risulta ancora in vigore a mente dell'art. 30 e che, comunque, Panama non ha depositato tuttora alcuno strumento di ratifica o adesione. Ne consegue che un'ipotetica applicazione dell'art. 12 potrebbe avvenire solamente ove si reputasse che la disciplina ivi sancita ripeta una norma consuetudinaria, ma si discute proprio del carattere generale della deroga fondata sulla coincidenza tra Stato del foro e luogo dell'illecito. Né la peculiare entità del bene giuridico leso dall'*eventus damni* può condurre per ciò solo ad ipotizzare una deroga al regime dell'immunità.

(35) La rilevanza della distinzione era già stata negata dal T.A.R. di Genova nella ricordata sentenza del 12 settembre 2007 (cfr. segnatamente al § 3.2). La decisione in ambito amministrativo godeva di una motivazione ampia e argomentata e costituisce pertanto un precedente di rilievo anche perchè fece stato, non essendo stata impugnata da alcuna parte. Peraltro, nella specie si tratta comunque di attività miste, per cui sembrerebbe prevalente la funzione di diritto pubblico, anche considerando che talora emerge a livello consuetudinario un'autentica presunzione relativa a favore dell'immunità, suscettibile d'essere vinta solamente dal puntuale accertamento dei presupposti fattuali e normativi di una deroga alla norma generale.

(36) Cfr. S. Dominelli, *Immunità statale e questioni processuali: quando l'esercizio del diritto di difesa equivale ad una tacita accettazione della giurisdizione italiana*, in *Dir. mar.*, 2013, p. 151.

Tribunale di Genova, sez. I civ., ord. 16 ottobre 2017, Giudice Unico Calcagno.

PATROCINIO a spese dello Stato – società a responsabilità limitata in liquidazione – presupposti e criteri per l'ammissione – ratio legis - esclusione dell'ammissibilità nel caso di specie.

(Artt. 119 e 144, D.P.R. 115/2002)

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sussiste, in linea di principio, la possibilità per le persone giuridiche di ricorrere al c.d. gratuito patrocinio. Rimane tuttavia fermo il giudizio finale del giudice del nazionale che deve valutare: a) la sussistenza delle condizioni per la concessione del beneficio tenendo conto dell'oggetto della controversia, delle ragionevoli possibilità di successo del ricorrente, della posta in gioco per quest'ultimo; b) la forma, lo scopo perseguito -di lucro o meno- c) la capacità finanziaria dei suoi soci o azionisti e d) la possibilità, per questi ultimi, di procurarsi le somme necessarie ad agire in giudizio, si da evitare di incorrere nell'illegittimo diniego del diritto fondamentale di accesso alla giustizia.

Nel caso di specie l'ammissione della s.r.l. in liquidazione al patrocinio a spese dello Stato deve essere esclusa in quanto l'analisi della normativa italiana (che opera un corretto bilanciamento degli interessi della collettività con i principi del giusto processo e

del diritto di accesso alla giustizia) porta a ritenere che manchino quelle condizioni e quei presupposti particolari richiesti dalla Corte di Giustizia. La s.r.l. in liquidazione, infatti, ha agito in giudizio per recuperare un presunto credito derivante da fatture non pagate nell'ambito dell'esercizio della sua attività economica, a nulla potendo rilevare la situazione di difficoltà economica in cui si trova. Da un lato mancherebbe quell'interesse preminente, presente nella controversia decisa dalla Corte di Giustizia, che vedeva una società, danneggiata dall'inadempimento dello Stato per tardiva attuazione di una normativa Europea, non poter agire in giudizio contro quello stesso Stato e, dall'altro, si farebbero gravare sulla collettività -e non sui singoli soci- i costi di una eventuale mala gestio societaria.

(... Omissis...)

Il Giudice, a scioglimento della riserva assunta all'udienza in data 2-10-2017, in cui le parti sono state invitate a discutere sull'ammissibilità al gratuito patrocinio di parte attrice -una s.r.l. in liquidazione- osserva quanto segue.

L'art. 119 TU sulle spese di giustizia riconosce l'ammissione al gratuito patrocinio a spese dello Stato per gli enti e le associazioni che non perseguono scopo di lucro e non esercitano attività economica, con l'implicita esclusione dal beneficio per le società commerciali.

La ratio della scelta legislativa è evidente, in quanto si vuole evitare che il rischio di impresa, e le conseguenze di una eventuale incapacità o inidoneità della società a produrre reddito, possano ricadere -con l'ammissione al gratuito patrocinio a spese dello Stato- sulla collettività; diversamente, le scelte imprenditoriali e manageriali di soci che godono delle limitazioni della responsabilità -così come è proprio delle società di capitali- andrebbero a gravare sulle casse dello Stato. L'ordinamento si preoccupa di garantire comunque l'accesso alla giustizia in ipotesi speciali, quali la dichiarazione di fallimento, disponendo all'art. 144 del TU che, nel processo in cui è parte un fallimento, se il Giudice delegato autista che non è disponibile il denaro necessario per sostenere le spese, questo possa essere ammesso al gratuito patrocinio; anche in questa sede il legislatore ha operato una scelta precisa, limitando l'ammissione alle sole società nei riguardi delle quali è stato pronunciato il fallimento, con implicita esclusione delle altre procedure concorsuali o più in generale, di situazioni di difficoltà o crisi economica della società.

Una apparente apertura si è avuta con la sentenza -per altro isolata- della Corte di Giustizia del 22-12-2010 in causa C-279/09, dove, in attuazione del principio della effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 47 della carta di Nizza -nonché art. 5 della CEDU-, ha affermato che non si può escludere che anche le persone giuridiche possano invocare l'esonero dal pagamento di un anticipo sulle spese di giustizia e dell'assistenza legale.

Nel caso preso in esame dalla Corte veniva proposto il seguente quesito «*Atteso che la regolamentazione nazionale delle condizioni di esercizio del diritto al risarcimento e della procedura per far valere la responsabilità di uno Stato membro ai sensi del diritto [dell'Unione] non deve rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere da tale Stato un indennizzo a titolo della responsabilità suddetta, se sia possibile che una normativa nazionale subordini l'esercizio dell'azione giudiziaria al pagamento di un anticipo sulle spese e neghi il gratuito patrocinio ad una persona giuridica che non sia in grado di provvedere a tale anticipo*».

Secondo la Corte, la questione doveva essere meglio chiarita «*nel senso che essa verte sull'interpretazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva, quale sancito dall'art. 47 della Carta,*

al fine di stabilire se, nel contesto di un procedimento per responsabilità dello Stato introdotto ai sensi del diritto dell'Unione, tale disposizione osti a una normativa nazionale che subordina l'esercizio dell'azione giudiziaria al pagamento di un anticipo sulle spese e prevede che non possa essere accordato il gratuito patrocinio ad una persona giuridica benché non sia in grado di provvedere a tale anticipo».

Nella decisione in commento viene ripresa la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha più volte affermato che il diritto di accesso alla giustizia è compreso nel diritto ad un equo processo, quale enunciato all'art. 6, n.1 della CEDU (Corte Europea Diritti dell'Uomo, sentenza *McVicar c. Regno Unito* 07-05-2002) ed ha affermato che «*per stabilire se la concessione del gratuito patrocinio sia necessaria affinché il processo sia equo, occorre tener conto dei fatti e delle specifiche circostanze di ciascun caso; in particolare, della posta in gioco per il ricorrente, della complessità del diritto e della procedura applicabili nonché della capacità del ricorrente di far valere effettivamente le proprie ragioni (C.E.D.U. sentenza *Airey c. Irlanda*)» nonché «*della situazione finanziaria del ricorrente o delle sue probabilità di successo nel procedimento*» (C.E.D.U. sentenza *Steele Morris c. Regno Unito*).*

Anche l'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo porta ad affermare che la concessione del gratuito patrocinio a persone giuridiche non è esclusa in linea di principio, ma deve essere valutata con riferimento alle norme applicabili, alla situazione della società.

La Corte di Giustizia afferma in conclusione che «*nel valutare la capacità finanziaria del ricorrente che sia una persona giuridica, è possibile tener conto, in particolare, della forma della società -società di capitali o di persone, a responsabilità limitata o meno-, della capacità finanziaria dei suoi soci, dell'oggetto sociale, delle sue modalità di costituzione e, più specificamente, del rapporto tra i mezzi dispiegati e l'attività considerata*». Si può quindi concludere che secondo la giurisprudenza sia della Corte E.D.U. che della Corte di Giustizia, l'aiuto del gratuito patrocinio alle persone giuridiche non è escluso in linea di principio, fermo restando il giudizio finale dell'Autorità nazionale che deve valutare la sussistenza delle condizioni per la concessione del beneficio, tenendo conto dell'oggetto della controversia, delle ragionevoli possibilità di successo del ricorrente, della posta in gioco per quest'ultimo, considerando inoltre la forma, lo scopo perseguito -di lucro o meno-, la capacità finanziaria dei suoi soci o azionisti e la possibilità, per questi ultimi, di procurarsi le somme necessarie ad agire in giudizio, si da evitare di incorrere nell'illegittimo diniego del diritto fondamentale di accesso alla giustizia.

Tuttavia, fermo restando la condivisione per quanto affermato in linea di principio dalla Corte di Giustizia e della Corte EDU, si ritiene che la normativa nazionale interna operi un corretto bilanciamento degli interessi della collettività con i principi del giusto processo e del diritto di accesso alla giustizia in particolare, e che nel caso oggetto del presente procedimento manchino quelle condizioni e quei presupposti particolari richiesti dalla Corte di Giustizia.

La L. s.r.l. in liquidazione ha agito in giudizio per recuperare un presunto credito derivante da fatture non pagate, nell'ambito dell'esercizio della sua attività economica, a nulla potendo rilevare la situazione di difficoltà economica in cui si trova. Da un lato manca quell'interesse preminente, presente nella controversia decisa dalla Corte di Giustizia, che vedeva una società, danneggiata dall'inadempimento dello Stato per tardiva attuazione di una normativa Europea, non poter agire in giudizio contro quello stesso Stato e, dall'altro, si farebbero

gravare sulla collettività - e non sui singoli soci - i costi di una eventuale mala gestio societaria.

P.Q.M.

revoca il provvedimento di ammissione al gratuito patrocinio di parte attrice, effettuato con delibera dall'Ordine degli Avvocati di Genova (...*Omissis*...)

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 16 ottobre 2017 – Pres. Casanova - Est. Zuccolini – B. (Avv. Perdomi) c. X Srl. (Avv. Pinori) e c. Condominio (Avv. Grosso).

RESPONSABILITÀ civile – danno non patrimoniale – lesione di interessi aventi rilevanza costituzionale – diritto al normale godimento della propria abitazione – immissioni – intollerabilità – sussiste.

(Art. 8 CEDU; artt. 844 e 2059 c.c.)

Il danno non patrimoniale è risarcibile, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., anche quando non sussiste un fatto-reato, né ricorre alcuna delle altre ipotesi in cui la legge consente espressamente il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali, purché sussistano tre condizioni : a) che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale; b) che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità; c) che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi.

Il diritto al normale svolgimento della vita personale e familiare all'interno della propria abitazione è costituzionalmente garantito, e la sua tutela è ulteriormente rafforzata dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cui il giudice italiano è tenuto ad uniformarsi. Perciò è risarcibile il danno non patrimoniale conseguente ad immissioni illecite, come le esalazioni maleodoranti, percepibili in tutto l'appartamento, provenienti da un tubo di scarico difettoso, protrattesi per oltre un anno, ed imputabili ad inesatto adempimento di un contratto d'appalto stipulato da un condomino per la ristrutturazione della propria unità immobiliare.

A.F.

(...*Omissis*...)

Ragioni in fatto e in diritto della decisione

(...*Omissis*...)

B. conveniva davanti al Tribunale di Genova X Srl asserendo di essere proprietario dell'immobile in Genova Via S. 1, che il proprio padre, proprietario dell'interno 7, aveva appaltato alcune opere di frazionamento e ristrutturazione nei predetti immobili alla convenuta con cessione di tre locali dall'interno 7 all'interno 9; che esso attore aveva appaltato a propria volta altre opere; che, terminati i lavori, aveva rilevato un non corretto funzionamento di un calorifero che provocava rumori e la presenza di esalazioni maleodoranti nonché la mancata o ritardata consegna delle mappe e del certificato di regolare esecuzione dell'impianto elettrico e dell'impianto idraulico, di aver subito conseguentemente danni patrimoniali e non patrimoniali; che in particolare erano insorte in esso, soggetto non vedente, tachicardia e ipertensione.

L'attore, ribadendo di essere non vedente, instava per il risarcimento dei danni subiti.

Si costituiva la convenuta eccependo il difetto di legittimazione attiva essendo stato stipulato l'appalto con il padre, asserendo che i difetti erano già stati eliminati all'atto dell'instaurazione del giudizio ed instando per il rigetto della

domanda attorea. La convenuta provvedeva a chiamare in giudizio il Condominio di Via S. in manleva.

Quest'ultimo, costituitosi, instava per il rigetto delle domande avversarie.

Il Tribunale con sentenza 708/2013 respingeva le domande attoree condannando l'attore al pagamento delle spese di lite sostenute dalle altre parti.

Avverso detta sentenza ha proposto appello B. instando per la condanna della società X al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti e in via subordinata per la riforma della statuizione sulle spese.

Si è costituita X Srl instando per il rigetto dell'appello.

Si è costituito il Condominio rilevando l'assenza di conclusioni nei propri confronti ed instando, quindi, per la dichiarazione dell'inesistenza nullità o inammissibilità dell'appello nei suoi confronti per difetto di interesse e/o per carenza di domanda e in subordine per il rigetto di ogni domanda avverso esso appellato proposta.

L'appellante contesta in primo luogo la sentenza di primo grado nella parte in cui, pur avendo ritenuto provate le esalazioni maleodoranti e l'eccessiva rumorosità di un calorifero, ha affermato genericamente che detti disagi sono persistiti diversi mesi dopo l'ultimazione dei lavori senza provvedere ad un accertamento preciso della loro durata, circostanza rilevante ai fini della liquidazione del danno; nella parte in cui ha ritenuto non provati i danni esistenziali e alla salute senza considerare che erano stati chiesti anche i danni patrimoniali tra cui il danno patrimoniale della perdita del bene casa; nella parte in cui ha asserito la mancata prova positiva di danni conseguenti ai disagi lamentati senza considerare il diritto a vivere nella propria abitazione senza rumori assordanti e senza esalazioni maleodoranti quali diritto di rilevanza costituzionale considerato come diritto a vivere in un ambiente domestico salubre e tranquillo.

Si premette che nessuna delle parti ha impugnato in modo specifico la statuizione del primo giudice nella parte in cui ha ritenuto l'esistenza delle esalazioni maleodoranti e dei rumori oggetto di lamentale e nella parte in cui ha affermato che tali esalazioni e rumori erano già stati eliminati all'atto dell'instaurazione del presente giudizio.

Orbene, in primo luogo si osserva che l'appellante non ha contestato in modo specifico la parte della pronuncia che ha escluso un danno biologico, in particolare un danno alla salute psichica e un'incidenza sulla patologia cardiocircolatoria, affermando, con richiamo della relazione medico legale prodotta sub 23 dallo stesso attore, che le "patologie lamentate" risultano preesistenti ai fatti di causa (e, infatti, l'appellante non ha indicato tale parte della pronuncia del primo giudice tra quelle impuginate e non ha contrapposto alcuna propria argomentazione a quella del primo giudice posta a fondamento del mancato riconoscimento di tale danno).

L'appellante ha lamentato il mancato riconoscimento di un danno patrimoniale con riferimento alla "perdita di valore del bene casa" e la mancata considerazione dell'incidenza dei disagi lamentati su "diritti fondamentali aventi rilevanza e/o interesse costituzionale" quali il diritto ad un ambiente domestico vivibile, salubre e tranquillo in considerazione anche dell'interesse costituzionale alla protezione del dominio, alla funzione sociale della proprietà privata e all'invulnerabilità del domicilio.

Osserva questa Corte che, seppur è vero che il danno non patrimoniale deve riconoscersi, non solo in presenza di violazioni di diritti inviolabili della persona, ma anche in presenza di lesioni di interessi costituzionalmente protetti, occorre considerare che le Sezioni Unite della Cassazione, con la nota pronuncia 11 novembre 2008, n. 26972 richiamata dal primo

giudice, oltre a rilevare come il danno non patrimoniale sia una categoria generale non suscettibile di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate, hanno affermato che il danno non patrimoniale è risarcibile, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., anche quando non sussiste un fatto-reato, né ricorre alcuna delle altre ipotesi in cui la legge consente espressamente il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali, purché sussistano tre condizioni: 1) che l'interesse leso - e non il pregiudizio sofferto - abbia rilevanza costituzionale; 2) che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità; 3) che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri "disagi o fastidi", ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita o alla felicità (orientamento ribadito dalle sentenze della Cassazione 4 dicembre 2012 n. 21725 e 11 maggio 2012 n. 7256).

Nella fattispecie deve comunque escludersi la gravità della lesione a cui hanno fatto riferimento le Sezioni Unite con riferimento ai rumori lamentati considerato che lo stesso appellante ha asserito che le emissioni rumorose del radiatore posizionato nella camera da letto si sono protratte per soli 3/4 mesi e che si manifestavano all'accensione e allo spegnimento dell'impianto di riscaldamento ovverosia per circa mezz'ora alle 6 del mattino e alle 22,30 (vedi prima memoria depositata ex art. 183 comma sesto c.p.c.).

Non solo: l'odierno appellante ha dichiarato in atto di citazione che, a fronte di detti rumori, aveva provveduto a chiudere il radiatore in questione durante le ore notturne senza però precisare a quale ora lo avesse riacceso e se dopo averlo riacceso fosse o meno rimasto in casa o se comunque tale rumore si sentisse in tutto l'appartamento (appartamento peraltro esteso su due piani a seguito dell'accorpamento all'interno 9 di proprietà dell'appellante di tre vani appartenenti a quello sottostante del padre come dallo stesso odierno appellante asserito).

E' poi vero che nella citata memoria ex art. 183 comma sesto c.p.c. B. ha asserito che il rumore si sentiva anche nelle fasi di accensione e spegnimento dell'impianto durante il giorno, ma trattati di circostanza irrilevante ai fini di ritenere un'apprezzabile incidenza su situazioni costituzionalmente protette anche considerato che non risulta allegato e tanto meno provato, non solo se il rumore si propagasse per tutto l'appartamento ma, in ogni caso, quante volte durante il giorno venisse spento e poi riacceso l'impianto né le abitudini di vita dell'appellante, così da poter ritenere che fosse in casa tutte le volte che si verificavano tali accensioni e spegnimenti.

Considerato quanto ora esposto è altresì indubbio che non può ritenersi un danno patrimoniale per la perdita anche temporanea del godimento del bene casa in relazione ai rumori in questione.

Quanto, invece, alle esalazioni maleodoranti, provenienti pacificamente dal muro della camera da letto confinante con il bagno, va considerato, in primo luogo, che, come dedotto dall'appellante, deve ritenersi, alla stregua della deposizione della teste C., che si siano protratte per circa 12/13 mesi ovverosia dalla fine lavori e consegna dell'immobile, pacificamente intervenuta nel gennaio 2007, al gennaio 2008 quando il problema è stato risolto (la stessa società appellata -vedi comparsa di costituzione in primo grado - ha asserito che la definitiva risoluzione del problema è intervenuta solo nel gennaio 2008). In secondo luogo va considerato come dalla deposizione testimoniale di C., moglie dell'odierno appellante, non contraddetta sul punto da altri elementi probatori, sia emerso altresì che si trattava di odore che si percepiva in tutto l'appartamento.

Sul punto si richiama Cass. 28/08/2017 n. 20445 secondo cui

il danno non patrimoniale conseguente a immissioni illecite è risarcibile indipendentemente dalla sussistenza di un danno biologico documentato, “quando sia riferibile alla lesione del diritto al normale svolgimento della vita personale e familiare all’interno di un’abitazione e comunque del diritto alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita, trattandosi di diritti costituzionalmente garantiti” la cui tutela è ulteriormente rafforzata dall’art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo, norma alla quale il giudice interno è tenuto ad uniformarsi. Detta pronuncia ha richiamato in senso conforme Cass. Sez Un. 1/02/2017 n. 2611 che già aveva precisato come si tratti di diritti non solo costituzionalmente garantiti, ma anche tutelati dall’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, la prova del cui pregiudizio può essere fornita anche con presunzioni.

Poiché è pacifico che si sia trattato, nella fattispecie, di esalazioni “maleodoranti” in quanto odori di “fogna” (provenienti, infatti, pacificamente - e come in ogni caso risultante dalla deposizione testimoniale di Borrelli che ha provveduto ad eliminare il difetto - da un tubo di scarico di un wc e, in particolare, dalla mancanza di sigillatura del giunto di collegamento tra sfiato e braga) come tali indubbiamente lesivi del diritto al normale svolgimento della vita personale e familiare all’interno dell’ambiente destinato a propria dimora, deve effettivamente riconoscersi, in parziale riforma della pronuncia gravata, considerata altresì la durata comunque rilevante di cui si è detto di tali odori, il danno non patrimoniale lamentato dall’appellante in proposito.

Si osserva ancora che non rilevano le contestazioni riproposte dall’appellata circa la mancata stipulazione di un contratto di appalto con B. trattandosi di danno da ricondurre ad una responsabilità extracontrattuale della X Srl, comunque fatta valere dall’attore odierno appellante nell’atto introduttivo del giudizio con richiamo anche dell’art. 2043 c.c. e in ordine alla quale correttamente il primo giudice ha riconosciuto la legittimazione attiva di B.

Ancora si osserva, quanto alla riproposta eccezione da parte di X della mancata prova di una propria responsabilità e comunque degli elementi soggettivi per una propria responsabilità extracontrattuale, che, come già rilevato, il teste B. ha dichiarato di aver verificato che il giunto di collegamento tra sfiato e braga non era sigillato e che X Srl nel capitolo di prova

orale n.20 dedotto nella memoria istruttoria ha ammesso tale carenza di sigillatura sul raccordo di sfiato aggiungendo solo che nella parte più alta della tubazione vi sarebbero state numerose rotture e lesioni, lesioni e rotture che, però, il teste B. ha negato di aver rinvenuto (e che peraltro non sarebbero state idonee ad escludere un concorso di responsabilità di X per la mancata sigillatura).

E’ pertanto indubbio il nesso causale tra le esalazioni maleodoranti e la condotta colposa della società appellata che non ha comunque provveduto ad eseguire con la diligenza necessaria la sigillatura in questione.

Tale danno ben può liquidarsi, in via equitativa ai valori attuali e compreso il lucro cessante, per il ritardo nel risarcimento, dalla data dell’evento dannoso alla presente liquidazione, in complessivi euro 6000,00 considerato, da un lato, la natura di tali odori in quanto odori “di fogna”, dall’altro che, pur risultando che gli odori si sono protratti per circa 13 mesi, lo stesso attore in citazione ha asserito che nel periodo estivo il problema era “meno avvertito” perché le finestre erano tenute sempre aperte.

Su tale somma spettano altresì gli interessi legali dalla presente sentenza al saldo (convertendosi il debito di valore, come quello in questione derivante da illecito extracontrattuale, in debito di valuta con la liquidazione).

Quanto alla contestazione dell’appellante della pronuncia di primo grado nella parte in cui non ha riconosciuto il danno per mancata consegna delle dichiarazioni di conformità alle regole dell’arte dell’impianto elettrico e dell’impianto idraulico, si osserva (...*Omissis*...)

P.Q.M.

La Corte definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa, in parziale accoglimento dell’appello proposto da M. B. avverso la sentenza del Tribunale di Genova n. 708/2013, così provvede:

condanna X Srl al pagamento in favore dell’appellante della somma risarcitoria di euro 6.000,00 oltre interessi legali dalla presente sentenza al saldo a titolo di danno non patrimoniale e della complessiva somma di euro € 149,74 oltre interessi legali dalla presente sentenza al saldo a titolo di danno patrimoniale (...*Omissis*...).

Massime

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 22 novembre 2017, n. 2879 – Giudice Unico Tuttobene – X Srl (Avv.ti Nadali e Testini) c. Y (Avv. Rivara) e c. Z (Avv.ti Messina e Arzeni).

APPALTO – difformità o vizi dell'opera – rovina – inadempimento – responsabilità dell'appaltatore – sussiste – responsabilità di terzi privi di incarico da parte dell'appaltatore – esclusione.

(Artt. 1218 e 1655 e segg. c.c.)

In seguito al verificarsi di una frana avvenuta in un territorio facente parte di opere per le quali era stato stipulato un contratto di appalto, responsabile del risarcimento è la società appaltatrice, tanto nei confronti della società committente quanto nei confronti dei proprietari di terreni confinanti se, con le verifiche e gli accertamenti disposti con CTU, risulti che il sopraddetto sinistro sia stato causato da un inadempimento contrattuale della società appaltatrice stessa.

Non sono tenute al risarcimento quelle parti che, pur avendo contatti diretti con la società appaltatrice, non hanno mai avuto ricevuto effettivamente un incarico professionale dalla società committente, non essendo legate ad essa da nessun vincolo contrattuale.

E.B.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 6 marzo 2017 – Giudice Unico Basoli – G. S.p.a. (Avv. Mallucci) c. G. (Avv. Leucci).

ASSICURAZIONE (contratto di) – morte beneficiario – indicazione eredi legittimi o testamentari – rinuncia o accettazione – irrilevanza – inapplicabilità regole successione.

(Artt. 1920 c. 3 e 1921 c.c.)

Il beneficiario del contratto di assicurazione, per il caso di morte, assume un diritto proprio derivante dal contratto (a favore di terzo) e nel caso in cui siano stati designati come beneficiari “eredi legittimi o testamentari” ai quali debba quindi essere effettuata la prestazione assicurativa, tale indicazione concreta una mera indicazione di criterio, senza che rilevi la rinuncia o accettazione dell'eredità da parte loro. Nel caso di designazione di eredi legittimi o testamentari come beneficiari deve escludersi l'applicabilità delle regole sulla successione testamentaria: l'accettazione o la rinuncia all'eredità sono irrilevanti.

(Cfr. Cass., n. 6531/2006 e da ultime Cass., n. 19210/2015 e Cass., n. 26606/2016)

EL.C.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 21 giugno 2016, n. 2203 – Giudice Unico Vaglio Bernè – R. (Avv.ti Buffa) c. M. (Avv. Curti).

COMUNIONE e condominio – oneri condominiali – decreto ingiuntivo – opposizione – tema decidendum – validità delibera – esclusione.

(Artt. 1137 c.c., 63 disp.att. c.c. e 645 c.p.c.)

Nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo emesso per la riscossione degli oneri condominiali, l'ambito del giudizio deve limitarsi alla verifica dell'esistenza e dell'efficacia della relativa delibera assembleare, non potendosi estendere al sindacato sulla sua validità.

P.M.I.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 2 luglio 2017 – Giudice Unico Cannata – V. (Avv. Delfino) c. Condominio (Avv. Giugiaro).

COMUNONE e condominio – opposizione a decreto ingiuntivo – imputazione di pagamento – mancata indicazione della ripartizione delle spese ai fini della prova dell'entità del credito – sufficiente allegazione delle delibere assembleari approvate – rigetto opposizione.

(Art. 1193 c.c.)

Il condominio convenuto ha assolto l'onere, su di esso incombente, di provare la sussistenza del credito vantato, allegando le delibere assembleari approvate, a nulla valendo a tal fine la successiva ripartizione delle spese ivi approvate poiché, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1193 c.c., l'imputazione di pagamento spetta al debitore.

(Cfr. Cass., n. 15288/2005)

EL.C.

Tribunale di Genova, 1 febbraio 2017 n. 311 – Giudice Unico Grasso – S. (Avv. Vigna) c. O. (Avv. Vignolo e Casu).

DECRETO INGIUNTIVO ed opposizione a decreto ingiuntivo – sentenza di appello in riforma di sentenza di primo grado non ancora passata in giudicato – restituzione somme versate in forza della sentenza di prime cure – applicazione del c.d. effetto espansivo esterno.

Allorché in forza della sentenza di primo grado il soccombente abbia corrisposto quanto indicato nella sentenza di primo grado, esso ha diritto, in forza della sentenza di secondo grado di riforma della prima, alla ripetizione immediata di quanto pagato, anche se la decisione di secondo grado non sia ancora passata in giudicato.

Va quindi confermato il decreto ingiuntivo con il quale la parte vittoriosa in secondo grado, all'esito della riforma del giudizio di prime cure, abbia chiesto la restituzione di quanto versato e ciò in applicazione del c.d. effetto espansivo esterno in base al quale la riforma in appello della sentenza estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti; tale estensione di efficacia opera fin dal momento della pubblicazione della sentenza, senza necessità di attendere il suo passaggio in giudicato (art. 336 c.p.c.).

A.M.OCC.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 14 marzo 2017 – Giudice Unico Bonino – Banca S.p.a. (Avv. Marchese) c. F. (Avv. Ferrando), e c. E. S.p.a. (Avv. Greco).

ESECUZIONE forzata in genere – espropriazione di beni indivisi – opposizione di terzo comproprietario – ammissibilità – esclusione.

(Artt. 601, 619, 620 c.p.c. e 181 disp. att. c.p.c.)

Il comproprietario del bene immobile sottoposto ad esecuzione forzata non è soggetto terzo estraneo all'esecuzione ma è parte del giudizio di divisione endo-esecutivo e non è, pertanto, legittimato a proporre l'opposizione di terzo ex art. 619 e 620 c.p.c. ove l'ordinanza di divisione ex art. 601 e 181 disp. att. c.p.c. gli sia stata ritualmente notificata.

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 1 marzo 2017 – Giudice Unico Scarzella – P. (Avv. Pattay) c. S. (Avv. Barbieri).

INGIUNZIONE (procedimento per) – nullità o irregolarità della notifica del decreto ingiuntivo eseguita nel termine di cui all'art. 644 c.p.c. – inefficacia del decreto ingiuntivo – esclusione.

(Art. 644 c.p.c.)

SOCIETÀ – società di persone – cessione di quota sociale comprensiva di beni immobili – necessità della forma scritta – esclusione.

(Artt. 2251 e 2296 c.c.)

CONTRATTO in genere – pattuizioni elusive di normativa fiscale – nullità del contratto – esclusione.

(Artt. 1418 e 1419 c.c.)

Nell'ambito della disciplina dettata dall'art. 644 c.p.c., l'inefficacia del decreto ingiuntivo è legittimamente riconducibile alla sola ipotesi in cui manchi (o sia giuridicamente inesistente) la notifica nel termine stabilito dalla norma predetta e non anche nel caso di nullità od irregolarità della notifica eseguita nel predetto termine, poiché la notificazione del decreto ingiuntivo comunque effettuata, anche se nulla, è pur sempre indice della volontà del creditore di avvalersi del decreto stesso.

Con riguardo ad una società di persone con patrimonio immobiliare, mentre è necessaria, ai sensi dell'art. 1350 c.c., la forma scritta per i conferimenti immobiliari traslativi della titolarità di quei beni dal conferente alla società, può prescindere invece dalla prescrizione di una tale forma nel caso di cessione della quota sociale, pur comprensiva di beni immobili.

Le pattuizioni contenute in un contratto che siano dirette da eludere, in tutto o in parte, la normativa fiscale non implicano di per sé la nullità del contratto stesso, trovandosi nel sistema tributario le relative sanzioni.

TZ.LND.

Tribunale di Genova, Sez. III civ., 23 giugno 2016, n. 2231 - Giudice Unico Ferrari – E. S.n.c. (Avv. Ghigliotti) c. R. S.r.l. (Avv. Benvenuto).

LOCAZIONE – contratto ad uso diverso da abitazione – risoluzione del contratto per inadempimento – gravità dell'adempimento.

(Art. 5 Legge 27 luglio 1978 n. 392, art. 1455 c.c.)

CONTRATTO in genere – inadempimento – inadimplenti non est adimplendum – insussistenza.

(Art. 1460 c.c.)

PROCEDIMENTO civile – prova – prova testimoniale – inammissibilità.

(art. 244 c.p.c.)

In tema di locazione ad uso diverso dall'abitazione è prevalente l'orientamento per cui il giudice non può ritenere predeterminata la gravità dell'adempimento, come previsto invece per le locazioni abitative dalla legge 392 del 1978, art. 5, ma deve valutarla caso per caso alla stregua dei criteri dettati dall'art. 1455 c.c.. (Nel caso di specie una morosità di almeno 12 canoni di locazione e relativi oneri condominiali configura un grave inadempimento ai sensi dell'art. 1455 c.c.)

(Conforme: Cass., S.U., 28 dicembre 1990, n. 12210)

La sospensione totale o parziale da parte del conduttore dell'adempimento della sua obbligazione primaria di pagare il canone è infatti, legittima soltanto quando venga completamente a mancare la controprestazione da parte del locatore, costituendo altrimenti un'alterazione del sinallagma contrattuale che determina uno squilibrio tra le prestazioni delle parti; inoltre secondo il principio inadimplenti non est adimplendum la sospensione della controprestazione è legittima solo se conforme a lealtà e buona fede. (nel caso di specie l'immobile locato è stato interessato dagli eventi alluvionali del 9 e 10 ottobre 2014 ma il conduttore non ha provato che tali eventi hanno reso totalmente inagibile l'immobile) Sono inammissibili i capitoli di prova formulati senza riferimenti temporali.

P.P.C.

Tribunale di Genova, sez. III civile, 1 luglio 2016 – Giudice Unico Gabriel – S.G.I. srl (avv. A. Buricchi) c. S. D. Contumace.

LOCAZIONE – locazione di immobile ad uso abitativo – mancato pagamento di un canone entro il termine previsto dall'art. 5 legge 392/1978 – inadempimento – domanda di risoluzione del contratto – fondatezza – valutazione della gravità dell'inadempimento – inammissibilità.

In tema di locazione di immobile ad uso abitativo, ai sensi dell'art. 5 legge 27 luglio 1978, n. 392, l'inadempimento rappresentato dal mancato pagamento da parte del conduttore anche di un solo canone decorsi 20 giorni dalla scadenza, costituisce una causa di risoluzione del contratto ex art. 1455 c.c..

Il giudice, in tali fattispecie, non è tenuto ad effettuare una valutazione circa l'importanza e la gravità dell'inadempimento, essendo, tali elementi, da considerarsi predeterminati (legalmente) e impliciti nella disposizione di cui all'art. 5 della legge 27 luglio 1978, n. 392.

Nella causa di risoluzione del contratto di locazione per mancato pagamento del canone, il locatore è tenuto a provare soltanto la esistenza del titolo (il contratto) ma non l'inadempimento del conduttore, dovendo essere quest'ultimo a provare di aver adempiuto, non potendosi addossare al creditore l'onere della prova negativa del mancato pagamento.

Tribunale di Genova, Sez. III civ., 7 luglio 2016, n. 2373 – Giudice Unico Gabriel – DP S.r.l. (Avv. Fossati e Romani) c. MC (n.c.).

LOCAZIONE – contratto ad uso abitativo – risoluzione del contratto per inadempimento – gravità dell'adempimento.

(Art. 5 Legge 27 luglio 1978 n. 392, art. 1455 c.c.)

CONTRATTO in genere – inadempimento – onere della prova.

(Art. 1454 c.c.)

In tema di locazione di immobili urbani ad uso abitativo la valutazione della gravità dell'inadempimento del conduttore in relazione al pagamento del canone, non è rimessa all'apprezzamento discrezionale del Giudice, ma è predeterminata legalmente mediante previsione di un parametro ancorato – ai sensi degli artt. 5 e 55 della legge 27 luglio 1978 n. 392, a due elementi: l'uno di ordine quantitativo afferente al mancato pagamento di una sola rata del canone (o all'omesso pagamento degli oneri accessori per un importo superiore a due mensilità); l'altro di ordine temporale relativo al ritardo consentito o tollerato.

(Conforme: Cass., 8628/2006; 8418/2006)

Nell'azione di risoluzione del contratto che ha quale elemento costitutivo il mancato adempimento, il creditore è tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo, ma non l'inadempimento dell'obbligato, dovendo quest'ultimo provare di avere adempiuto, non potendosi addossare al creditore l'onere di provare il mancato adempimento.

(Conforme Cass. S.U. 13533/2001)

P.P.C.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 1 febbraio 2017 – Giudice Unico Del Nevo – B. (Avv. Tirelli) c. Z. (Avv. Costa).

LOCAZIONE – locazione ad uso abitativo – canone concordato ex art. 2 L. 431/98 – errore nel calcolo della superficie dell'immobile – nullità del contratto – rilevanza d'ufficio – pagamento dell'indebito – ripetizione – interessi legali – pagamento – necessità.

(Artt. 1418 e 2033 c.c.; artt. 2 e 13, L. 431/98)

LOCAZIONE – locazione ad uso abitativo – riconsegna con riserva – risoluzione per mutuo consenso – esclusione – rinnovazione tacita – ammissibilità – durata.

(Art. 1372 c.c.; art. 2, L. 431/98)

E' rilevabile d'ufficio la nullità della clausola con la quale – nell'ambito di contratto di locazione stipulato ai sensi dell'art. 2, comma 3, l. 431/98 – le parti hanno pattuito, sulla base di un'erronea valutazione della superficie utile, un canone complessivo superiore a quello consentito dagli accordi definiti in sede locale. La nullità del contratto dà luogo ad un'azione di ripetizione dell'indebito oggettivo la quale ha carattere restitutorio e non di reintegrazione dell'equilibrio economico: ne consegue che sulle somme da restituire spettano soltanto gli interessi legali e non la rivalutazione monetaria.

L'accettazione della riconsegna di un immobile con riserva di verificare l'adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto di locazione non integra ipotesi di risoluzione per mutuo consenso.

La rinnovazione tacita di un contratto di locazione stipulato ai sensi dell'art. 2, comma 3, l. 431/98 per la durata di tre anni rinnovabili per ulteriori due deve essere limitata, in assenza di indicazione delle parti, ad un ulteriore triennio.

A.NIC.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 2 febbraio 2017, n. 335 – Giudice Unico Ferrari – R. (Avv. Villa) c. s.a.s. (Avv. Tortorelli).

LOCAZIONE (contratto di) – immobile adibito ad uso diverso da quello di abitativo – morosità – pagamento

dei canoni scaduti a seguito notifica dell'intimazione – ordinanza di rilascio con riserva delle eccezioni – esclusione – grave inadempimento – sussiste – risoluzione – ammissibilità.

(Artt. 427, 663, 665 667 c.p.c.; art. 1453 c.c.; artt. 5 e 55 legge 392/1978 e ss.mm.ii.)

Nel contratto di locazione ad uso diverso da quello di abitazione, pur non applicandosi l'art. 55 l. 392/1978 e ss.mm.ii., l'offerta o il pagamento dopo l'intimazione di sfratto per morosità non consentono l'emissione del provvedimento interinale di rilascio con riserva delle eccezioni, di cui all'art. 665 c.p.c., per insussistenza della persistente morosità, ai sensi dell'art. 663 3° comma c.p.c.

Pur avendo la conduttrice pagato i canoni dopo l'intimazione, resta ferma la possibilità di pronunciare la risoluzione del contratto per inadempimento del conduttore, ai sensi dell'art. 5 l. 392/1978 e s.m.i. richiesta dal locatore. Ne consegue la declaratoria della risoluzione del contratto e l'ordine di rilascio dell'immobile.

(Conf.: Cass. n. 13248/2010)

S.NA.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 2 marzo 2017 – Giudice Unico Gabriel – C. (Avv. Bagatta e Sannetti) c. G. (Avv. Bagalà).

LOCAZIONE – patti contrari alla legge – azione di ripetizione dell'indebito – termine decadenziale semestrale – esperimento dell'azione oltre il termine – prescrizione.

(Art. 79 c.2 L. 392/78)

Con riferimento al diritto di ripetizione delle maggiori somme versate in eccedenza rispetto a quanto pattuito in contratto, il mancato rispetto del termine decadenziale semestrale di cui all'art. 79 l. 392/78 ha come unico effetto quello di esporre il conduttore alla eccezione di prescrizione dei crediti per i quali essa è già maturata.

(Cfr. Cass. n. 10128/2004, da ultimo Cass., n. 20554/2014)

EL.C.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 7 marzo 2016, n. 811 – Giudice Unico Gandolfo – R. (Avv. Misurale) c. B. (Avv. Ferrarese) e c. A. S.r.l. (contumace).

MANDATO – ordine irrevocabile di acquisto – conferimento – mandato ad alienare – incompatibilità logica.

MANDATO – proprietà – trasferimento al mandatario – esclusione.

MANDATO – acquisto – pagamento del prezzo – mancato trasferimento della proprietà – restituzione del prezzo – indebito arricchimento – sussiste.

Il conferimento di un mandato ad acquistare un bene esclude logicamente la configurabilità di un mandato ad alienare con rappresentanza rilasciato dai proprietari del medesimo bene.

Il conferimento di un mandato ad acquistare un bene non comporta il trasferimento del diritto di proprietà sul medesimo bene a favore del mandatario.

Ove l'attore abbia corrisposto al mandatario il prezzo del bene e non ne sia conseguito il passaggio di proprietà a suo favore, il mandatario sarà condannato alla restituzione del prezzo, a titolo di indebito.

F.P.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 7 marzo 2016, n. 810 – Giudice Unico Cannata – Ag. Immobiliare (Avv.ti Repetto e De Bianchi) c. F. (Avv.ti Briguori e Novara) e c. S. (Avv. Gallina).

MEDIAZIONE e mediatore – conferimento dell'incarico – necessità – attività causalmente connessa alla conclusione del contratto – diritto alla provvigione – sussiste.

(Art. 1754 c.c.)

Anche la semplice attività consistente nel reperimento e nella indicazione dell'affare legittima il diritto alla provvigione (cfr. Cass. 5952/2005 e 28231/2005). Ove la parte convenuta rechi la prova in giudizio che l'affare è stato concluso secondo una serie causale autonoma rispetto all'iniziale intervento del mediatore deve essere escluso il suo diritto alla provvigione.

F.P.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 1 febbraio 2017, n. 233 – Giudice Unico Veneri – A. (Avv.ti Robotti e Messina) c. B (Avv. Rivellini).

NOTIFICAZIONE e comunicazione di atti civili - avvocato notificante – momento del perfezionamento della notifica - consegna plico ufficio postale – sussistenza.

CONTRATTO in genere - collegamento negoziale – requisiti – necessità di un solo contratto scritto – esclusione.

In caso di notifica in proprio a mezzo Ufficio Postale da parte dell'Avvocato la notifica si perfeziona per il soggetto notificante al momento della consegna del plico all'Ufficio Postale e non alla data della consegna dello stesso al destinatario.

Il collegamento negoziale è un fenomeno che non ha una sua specifica normativa; ricorre quando due o più contratti, autonomi e distinti, sono diretti ad uno stesso fine, nel senso che sono entrambi parti di un rapporto unitario, o, se si preferisce, di un'operazione unitaria. In tal caso la disciplina e le vicende dei contratti collegati tra di loro determina che, le sorti di uno influenzano quelle dell'altro e la disciplina di un contratto si comunica (o può comunicarsi) anche all'altro. L'esistenza di un collegamento non presuppone unità di documenti contrattuali, potendo uno stesso documento essere relativo a più rapporti o, al contrario un unico rapporto risultare da più documenti.

Affinché due contratti possano ritenersi collegati è necessaria la sussistenza di un requisito oggettivo consistente nel nesso teleologico tra i due contratti; occorre cioè che i due contratti siano diretti a raggiungere un risultato economico unitario; il risultato economico può dirsi unitario quando consente alle parti di raggiungere un risultato non raggiungibile con un singolo negozio. E' altresì necessario un requisito soggettivo consistente nella volontà delle parti (che potrà essere manifestata in forma espressa o tacita) di volere il collegamento. Il collegamento si dice occasionale quando, pur essendoci un collegamento in senso tecnico-giuridico, non se ne fanno discendere le conseguenze tipiche del collegamento.

C.BRU.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 7 marzo 2016, n. 809 – Giudice Unico Casanova – U. (Avv. Mori) c. Immobiliare s.r.l. (Avv. Starita).

PROCEDIMENTO civile – domanda riconvenzionale – proposizione in sede di prima memoria ex art. 183,1 c.p.c. – inammissibilità.

(Artt. 167 e 183,1 c.p.c.)

APPALTO – indicazione dei prezzi unitari – indicazione in calce al computo metrico del valore globale dell'appalto – appalto a corpo – sussiste – deroga espressa art. 1664 c.c. – equo compenso – esclusione.

(Art. 1664 c.c.)

L'art. 167 c.p.c. impone al convenuto di formulare le proprie domande riconvenzionali in sede di costituzione a pena di decadenza, pertanto la domanda riconvenzionale proposta in sede di memoria 183, c. 1, c.p.c. non può essere presa in esame.

Ove l'appalto sia qualificato "a corpo" nel contratto e, in calce al computo metrico allegato al contratto sia specificato il valore da attribuire globalmente all'appalto, lo stesso non può che essere qualificato come appalto a corpo. Ove le parti abbiano ritenuto di derogare al disposto dell'art. 1664 c. 2 c.c., non può essere richiesto l'equo compenso ivi contemplato in caso di difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione. Cause che, in ogni caso, devono essere provate in giudizio.

F.P.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 7 luglio 2016, n. 2372 – Giudice Unico Braccialini b – L.UdP scarl (Avv. Natale) c. A. srl (Avv.ti Sguerso).

PROCEDIMENTO civile – opposizione a decreto ingiuntivo – onere della prova.

(Artt. 2697 c.c. e 645 c.p.c.)

Nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, la documentazione prodotta in sede monitoria costituisce un mero indizio; non essendo idonea a dimostrare la fondatezza del diritto vantato, essa va integrata con ulteriori elementi probatori da parte del convenuto opposto, quali l'esatto adempimento dell'obbligazione posta a suo carico. Sull'attore opponente grava soltanto l'onere di provare gli eventuali fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto azionato monitoriamente.

P.M.I.

Tribunale di Savona, 11 luglio 2017 – Giudice Unico Princiotta – B.N.E. S.r.l. (Avv. Vitantonio) c. R.G. (Avv.ti Cassetta e Ardagna).

PROCEDIMENTO civile – opposizione a decreto ingiuntivo – fattura – prova di esecuzione della prestazione – esclusione.

MEDIAZIONE – diritto alla provvigione – mancata abilitazione alla professione – pagamento in buona fede – ripetizione – esclusione.

Nel giudizio di merito instaurato a seguito di opposizione a decreto ingiuntivo, la fattura, posta a fondamento del decreto non è, di per se sola, idonea a provare l'esecuzione della prestazione.

Se un soggetto ha provveduto al pagamento spontaneo delle provvigioni per la mediazione ad un soggetto privo di qualifica professionale non può pretendere la restituzione, se tale soggetto le ha percepite in buona fede e ciò ex art. 2034 c.c.

F.G.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 22 novembre 2017, n. 3035 – Giudice Unico Tamborino – V nella qualità di genitori esercenti la potestà genitoriale (Avv. Mascolo) c.

M. (Avv.ti Dolcino e Melissari) e c. Istituto Natutico San Giorgio (Avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova); Unipol S.p.A. (Avv.ti Carassale e Ilaria).

PROCEDIMENTO civile – infortunio scolastico – istituto scolastico – difetto di legittimazione passiva – sussiste – legittimazione passiva in capo al Ministero – sussiste.

Nei giudizi di danno patito da un allievo per culpa in vigilando degli insegnanti durante l'orario scolastico è riferibile direttamente al Ministero dell'Istruzione e non ai singoli istituti.

Sussiste la legittimazione passiva in capo al Ministero dell'Istruzione nelle controversie relative agli illeciti ascrivibili a culpa in vigilando del personale docente, mentre difetta la legittimazione passiva dell'istituto.

E.C.

Tribunale di Savona, 19 giugno 2017 – Giudice Unico Princiotta – S. snc (Avv. Ottonello) c. M.B. (Avv. Bracco) e c. A. E. Assicurazioni.

PROVA documentale – trasmissione di una e-mail – valore probatorio – sussiste.

(Artt. 2705 c.c., art. 8 D.P.R. n. 445/2000, D.lgs. n. 82 del 2005)

ASSICURAZIONE (contratto di) – responsabilità dell'assicuratore per omessa apertura di sinistro denunciato verbalmente – sussiste.

(Art. 106 D.lgs. 209 del 2005)

Il valore probatorio da attribuire alla e-mail, trattandosi di un documento privo di firma digitale, ai sensi dell'art. 8 D.P.R. 445 del 2000 e, pertanto insuscettibile di essere sottoposto alla disciplina di cui all'art. 2712 c.c., è liberamente valutabile da parte del giudice, con l'unico limite della coerenza con le altre risultanze processuali.

L'attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa consiste nel presentare o proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza finalizzate a tale attività e, se previsto dall'incarico intermediativo, nella conclusione dei contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati. E' responsabile l'assicuratore che, non avendo provveduto ad aprire un sinistro a lui segnalato verbalmente dall'assicurato, ha determinato il rigetto della domanda di manleva successivamente avanzata dall'assicurato – danneggiante nei confronti del danneggiato.

C.GIA.

Tribunale di Savona, 6 luglio 2017 – Giudice Unico Princiotta – L. (Avv. Versace) c. Ipermercato (Avv.ti Ghibellini).

RESPONSABILITÀ civile – cose in custodia – caso fortuito – eccezionalità ed imprevedibilità – onere della prova a carico del custode – esclusione nel caso di specie.

(Art. 2051 c.c.)

La responsabilità ex art. 2051 c.c., postula la sussistenza di un rapporto di custodia della cosa e una relazione di fatto tra un soggetto e la cosa stessa, tale da consentire il potere di controllarla, di eliminare le situazioni di pericolo che siano insorte e di escludere i terzi dal contatto con la cosa; detta norma non dispensa il danneggiato dall'onere di provare il nesso causale tra cosa in custodia e danno, ossia di dimostrare che l'evento si è prodotto come conseguenza normale della

particolare condizione, potenzialmente lesiva, posseduta dalla cosa, mentre resta a carico del custode, offrire la prova contraria alla presunzione iuris tantum della sua responsabilità, mediante la dimostrazione positiva del caso fortuito (all'interno del quale va ricompresa anche la condotta del danneggiato che abbia contribuito alla causazione del danno) cioè del fatto estraneo alla sua sfera di custodia, avente impulso causale autonomo e carattere di imprevedibilità e di assoluta eccezionalità (Nel caso il giudice ha accolto la domanda di risarcimento del danno avanzata dall'attrice (cliente dell'ipermercato), a seguito di caduta imputabile all'anomala rotazione della porta girevole di accesso ed al mancato funzionamento dei sensori di blocco. Il centro commerciale convenuto non ha provato l'esistenza del caso fortuito, mentre l'attrice ha dimostrato che, al momento della caduta, stava normalmente utilizzando la porta girevole).

A.NIC.

Tribunale di Savona, 6 luglio 2017 – Giudice Unico Princiotta – C. (Avv. Lombardo) c. F. (Avv. Causa) c. C.A.L. S.p.A. (Avv. Aglietto) c. I. (Avv. Mazzitelli).

RESPONSABILITÀ civile – sinistro stradale – condotta del conducente – responsabilità – quantificazione del danno – danno non patrimoniale – danno biologico – tabelle Tribunale di Milano – applicabilità.

(Art. 2059 c.c.)

In materia di responsabilità civile da sinistri derivanti dalla circolazione stradale, in caso di investimento di pedone, la responsabilità del conducente è accertata qualora quest'ultimo non provi la regolarità della guida e l'impossibilità di impedire l'evento, avendo il pedone tenuto una condotta normale e/o comunque prevedibile. Conseguentemente, essendo soddisfatti tutti i criteri medico-legali per l'accertamento del nesso di causalità, il conducente verrà condannato, ex art. 2059 C.C., al risarcimento del danno non patrimoniale e del danno biologico quantificati secondo le tabelle in uso al Tribunale di Milano. Le spese seguono la soccombenza.

(Conformi: Cass, sez, VI civ., 22.02.2017 n. 4551 – Cass. 29.09.2006 n. 21249 – Cass. 16.06.2003 n. 9620 – Cass. Sez. U., 11.11.2008 n. 26972 – Cass., Sez. III, 13.07.2011 n. 5373 – Cass. Sez. III, 01.12.2010 n. 24401)

F.AD.

Tribunale di Savona, 29 luglio 2017, Giudice Unico Princiotta – D. (Avv. Orso) c. A. (Avv. Siccardi) e c. Generali Italia spa (Avv. Cerulli).

RESPONSABILITÀ civile – lesioni personali – risarcimento danno non patrimoniale – nesso di causalità – appaltatore – applicazione tabelle Tribunale di Milano.

L'appaltatore è unico responsabile del danno qualora il committente non si sia ingerito nell'esecuzione dei lavori imponendo le sue direttive. Secondo la lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 2059 c.c. il danno non patrimoniale cagionato dovrà essere risarcito unitariamente applicando le tabelle in uso presso il Tribunale di Milano, conformemente alla giurisprudenza dell'ufficio, effettuato il calcolo con il sistema RE MIDA

SE.F.

Corte di appello di Genova, sez. II civ., 5 ottobre 2017, n. 1198 – Pres. e Rel. Realini – X (Avv. Andrianopoli) c. Comune di Genova (Avv. Carassale).

RESPONSABILITÀ civile – responsabilità per cosa in custodia (strada) – situazione di pericolo occasionalmente creata da un terzo – imprevedibilità ed eccezionalità assoluta (caso fortuito) – caduta a terra – prova del danno – insufficienza – esclusione di responsabilità in capo alla P.A.

(Art. 2051 c.c.)

In seguito al verificarsi di un evento lesivo nell'ambito della circolazione stradale, nella fattispecie una caduta cagionata da un macchia oleosa presente sul manto stradale, è responsabile il custode della stessa salvo che provi il caso fortuito, secondo quanto disposto dall'art. 2051 c.c. Nel caso in cui il responsabile convenuto dia dimostrazione positiva del caso fortuito, cioè del fatto estraneo alla sua sfera di custodia, avente impulso autonomo, carattere imprevedibile e di eccezionalità assoluta, non sussiste una sua responsabilità: qualora l'evento dannoso non sia stato causato da un difetto o da un vizio strutturale della cosa e/o dalle sue intrinseche caratteristiche bensì, verosimilmente, da una situazione di pericolo occasionalmente creata da un terzo. Non sarà sufficiente, quindi, per il danneggiato provare il danno subito: nel caso di specie, infatti, la caduta non determina da sola l'elemento indiziario sufficiente a determinare il nesso causale, non trattandosi di danno determinato da caratteristiche intrinseche della cosa.

E.B.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 8 novembre 2017 – Pres. Realini – Est. Albino – X (Avv. Maloberti) c. Comune di Genova (Avv. Carassale) e c. Azienda Municipalizzata Igiene Urbana S.p.a (Avv. Miccoli).

RESPONSABILITÀ civile – responsabilità da cosa in custodia (strada) – pollini presenti sulla strada – caduta dal motociclo – dovere di cautela nella guida di motociclo e di prevenire i pericoli – responsabilità della P.A. – esclusione.

(Art. 2051 c.c.)

In seguito al verificarsi di un evento lesivo nell'ambito della circolazione stradale, nella fattispecie una caduta cagionata da un fitto strato di pollini presente sul manto stradale, ai fini dell'accertamento della responsabilità di cui all'articolo 2051 c.c. non vi è la necessità di accertare la pericolosità attuale o anche solo potenziale della cosa, bastando, ai fini del configurarsi della responsabilità, che i danni siano stati cagionati dalla cosa stessa. Incombe però sul danneggiato dimostrare che l'evento dannoso è stato cagionato dalla condizione lesiva insita nella cosa. È dell'appellante l'onere di provare il nesso causale che non può desumersi solamente dalla semplice caduta, la quale non può assurgere ad elemento indiziario dotato di un grado di univocità tale da renderlo idoneo da solo a provare il nesso causale. La possibilità di evitare la caduta attraverso l'impiego dell'ordinaria diligenza sottolinea un dovere di cautela per chi entra in contatto con la cosa nonostante la lesività. I fattori causali estranei allo spazio in custodia altrui non pongono le condizioni affinché possa desumersi che la causa siano le condizioni di detto spazio.

(Cfr.: Cass., ord. n. 4661/2015; Cass. n. 8229/2010; Cass. 28811/2008; Cass. n. 999/2004)

E.B.

Corte d'Appello di Genova, I sez. civ., 4 gennaio 2018, n. 11 – Pres. Sanna – Rel. Marocco – S. (Avv. Dahmouni) c. Istituto Giannina Gaslini (Avv. Carassale).

RESPONSABILITÀ civile – responsabilità medica – trattamento chirurgico – consenso informato – piena conoscenza – necessità – consenso consapevole – presupposti – onere della prova – ripartizione – criteri.

In tema di consenso al trattamento medico, il paziente deve essere pienamente consapevole, dovendo basarsi su informazioni dettagliate fornite dal medico ed implicando, quindi la piena conoscenza della natura dell'intervento medico o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative. L'informazione deve sostanziarsi in spiegazioni dettagliate e adeguate al livello culturale del paziente, con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare stato soggettivo e del grado di conoscenze specifiche di cui dispone.

In tema di responsabilità personale del medico, l'onere probatorio grava sul paziente perché la prova di nesso causale tra inadempimento e danno compete alla parte che allega l'inadempimento altrui e pretenda per questo il risarcimento. In tema di responsabilità personale del medico, il rispetto dell'autodeterminazione del paziente – che è ciò che si vuole tutelare con il risarcimento del danno per mancato consenso – deve essere valutato in concreto, tenendo conto delle reali possibilità di scelta che si ponevano di fronte al paziente, nel caso in cui fosse stato adeguatamente informato. Ne consegue pertanto che la rilevanza causale del mancato consenso sussiste solo allorché una disinformazione abbia comportato una scelta terapeutica che sarebbe stata, con elevata probabilità, rifiutata o modificata dal paziente stesso.

E.C.

Tribunale di Genova, sez. I civile, 1 luglio 2016 – Giudice Unico A. Lucca – R. F. S. (Avv. F. Campana) c. Ministero dell'Interno.

TRASPORTO – trasporto di cose con autoveicoli senza licenza o autorizzazione – proprietà di terzi dell'autoveicolo – irrilevanza

Ai sensi dell'art. 46 legge 298/1974, chiunque disponga l'esecuzione di trasporto di cose con autoveicoli, senza licenza o autorizzazione o violando le condizioni in esse contenute, è sottoposto alle sanzioni dalla legge medesima previste.

Sono da ritenersi irrilevanti e, quindi, sono da intendersi altresì violate le condizioni per il trasporto nell'ambito dei paesi membri della Ue di cui all'art. 2 della direttiva 2006/1/CE, le circostanze secondo cui il mezzo di trasporto fosse di proprietà di terzi rispetto al conducente tanto più qualora la società proprietaria non sia iscritta all'albo degli autotrasportatori in conto terzi.

Tribunale di Genova, 1 febbraio 2017, n. 310 – Giudice Unico Grasso – L. (Avv. Venturi) c. L. (contumaci).

USUCAPIONE – possesso ultraventennale – mancanza di atti interruttivi – necessità.

Il possesso, in modo pacifico ed indisturbato, per oltre vent'anni, in uno all'assenza di alcun atto di opposizione o interruzione, determina l'acquisto per usucapione del bene.

SE.F.

Documenti

Il diritto fondamentale ad un rimedio effettivo e il ruolo costituzionale dell'avvocato

Guido Alpa

Ordinario nell'Università di Roma "La Sapienza"

Sommario: 1. *Le previsioni normative.* - 2. *Ricorso o rimedio effettivo?* - 3. *Orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea.* - 4. *La prevalenza del rimedio sul ricorso, e la collaborazione tra le Corti.* - 5. *Il rimedio coltivato dall'avvocato.*

1. Le previsioni normative.

L'art. 111 Cost., nella sua novellata versione, dispone che la giurisdizione si attua mediante il *giusto processo* regolato dalla legge e precisa che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti al giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata». Il primo e il secondo comma (insieme agli altri che ne completano il significato) sono stati aggiunti in base dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, ma già facevano parte dei principi costituzionalmente condivisi in ambito europeo, ed erano stati codificati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1950, agli artt. 6 e 13. (1)

Per la verità, la maggior parte delle sentenze della Corte EDU che si occupano della materia tendono a concentrarsi sull'art. 6, che declina in modo analitico il diritto alla difesa dei portatori di interessi qualificati come diritti fondamentali; l'art. 13, a mente del quale «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali» è considerato un corollario dell'art. 6. (2)

Allo stesso modo, la Carta europea dei diritti fondamentali apre la parte relativa alla giustizia con l'art. 47 che dispone: «Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.

A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».

Il tenore di questa disposizione, che giunge per ultima, rispetto alla nostra Carta costituzionale e alla CEDU, è ancora più pregnante e fissa in modo ancora più preciso degli altri testi il diritto di accesso alla giustizia e la stessa nozione di «giustizia» (intesa come procedimento giurisdizionale).

Il diritto a farsi rappresentare, mentre nel nostro sistema, forse il più garantista dei tre esaminati, fa obbligo alla parte di eleggere il suo difensore, se non vuole che si proceda contro di lei tramite il difensore d'ufficio, nel testo della Carta eu-

ropea è considerato una facoltà, come nella CEDU, la quale peraltro sottolinea la possibilità di difendersi in proprio. La ragione dell'autodifesa è nota, ed è motivata con ragioni garantiste, essendo poco affidabili gli avvocati nominati dallo Stato che è al tempo stesso controparte, e conservi condizioni giuridico-politiche non sono ottimali dal punto di vista della tutela dei diritti.

Se di dovesse dunque trarre un significato dalla sola lettera della legge, sia il combinato disposto degli artt. 6 e 13 della CEDU sia l'art. 47 della Carta sembrerebbero deporre a favore di un diritto alla difesa temperato. D'altra parte vi sono persino direttive – come quella relativa alle ADR dei consumatori – o regolamenti, come quello sulle ODR dei consumatori, che esplicitamente escludono la necessità dell'assistenza dell'avvocato. E tuttavia garantiscono al consumatore il diritto di rivolgersi ad un giudice ordinario, se non sia soddisfatto degli strumenti «alternativi» (o meglio «complementari») apprestati dall'ordinamento per ragioni di efficienza, semplicità, e speditezza della soluzione della controversia.

Questi argomenti non sono dirimenti.

È evidente la connessione tra enunciazione dei diritti fondamentali e difesa di essi, quando siano violati, difesa ottenuta attraverso un ricorso presentato ad un giudice competente. La connessione tra diritto sostanziale e diritto processuale, tra *ius* e *actio*, è strutturale al riconoscimento e alla garanzia di posizioni soggettive in capo al singolo o a collettività.

Ma assicurare un giudice competente ed un ricorso che raggiunga l'esito sperato – concedere l'accesso alla giustizia e ottenere un verdetto, per dirlo nei termini più generali possibili – implica pur sempre il ricorso ad un avvocato e una rappresentanza in giudizio. Si deve qualificare innanzitutto l'interesse da tutelare, si deve capire se vi sia un rimedio disponibile, si deve procedere alla individuazione di un giudice competente e si deve proporre il ricorso nella sede competente. Ora tutte queste operazioni possono essere fatte anche individualmente, ma sono rischiose, e quindi sia i singoli individui sia le collettività si avvantaggiano della competenza dell'avvocato, che è l'unico soggetto professionalmente qualificato abilitato a sostenere la difesa.

2. Ricorso o rimedio effettivo?

I commentatori degli articoli in esame non si sono posti un problema di natura letterale, perché nelle versioni delle due Carte europee nei Paesi continentali si preferisce parlare di *ricorso*, mentre in common law si usa l'espressione *rimedio*. La versione italiana corrisponde a quella francese, a quella spagnola e a quella tedesca, mentre quella inglese diverge da queste, facendo uso del termine «rimedio».

C'è differenza tra i due termini, o sostanzialmente essi si equivalgono?

Non è certo pensabile che lo stesso testo normativo possa assumere significati diversi nei Paesi nei quali viene adottato, tanto più quando esso istituisce un diritto fondamentale. Ed allora se i due termini sono fungibili, appare più corretto e significativo usare anziché l'espressione *ricorso effettivo* l'espressione *rimedio effettivo*.

La «cultura dei rimedi» si è sviluppata in ritardo in Italia, intorno agli anni Settanta del Novecento. Come ha precisato

Adolfo Di Majo, uno dei primi giuristi ad elaborare la nozione di rimedio in termini moderni, «l'approccio rimediale tende ad inerirsi nel comune linguaggio dei diritti e delle azioni, prospettando forme di tutela che, sul piano sostanziale, sono destinate a riempire il vuoto che sussiste tra i primi e le seconde, raccordandosi direttamente a "bisogni primari e di tutela" che insorgono al momento della violazione e che sovente non sono predicati a livello delle proposizioni normative» (3).

Nell'esperienza di common law – come peraltro nell'esperienza del diritto romano – i rimedi precedono i diritti (4).

Il diritto comunitario procede anch'esso mediante rimedi (5). Ciò risulta dalle diverse direttive che stabiliscono quali strumenti giuridici abbia a disposizione il consumatore, il risparmiatore, il lavoratore, l'immigrato di volta in volta con riguardo ai contratti, alla responsabilità civile, alle azioni cautelari, alle azioni di classe.

Ragionare in termini di rimedi è dunque più garantista per il soggetto che vuol difendere il proprio interesse violato dall'Autorità o da un altro privato. Ha osservato Salvatore Mazzamuto che «la specificità del rimedio risiede, in definitiva, nella duttilità delle soluzioni rispetto alla rigidità e all'astrattezza della tutela incentrata sulla tipizzazione degli interessi nelle forme del diritto soggettivo» (6).

Si è venuto costruendo così un "diritto processuale europeo" attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia e, mediata da questa, della Corte EDU (o autonomamente rilevante nel caso di ricorsi diretti a quest'ultima).

Accanto al rimedio si deve considerare la sua qualificazione, in quanto il rimedio deve essere *effettivo*. Sul principio di effettività si è raccolta una letteratura vastissima, ma, dal nostro punto di vista, il precetto normativo vuol significare che il rimedio deve raggiungere l'effetto sperato, cioè la rimessione in pristino della situazione alterata, o un risarcimento pecuniario se la situazione è ormai irrimediabilmente modificata.

3. Orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

La Corte di Giustizia ha applicato l'art.47 in un numero innumerevole di casi. Sono più di un centinaio quelli segnalati sul sito dell'Unione che si occupa dei commenti alla Carta dei diritti fondamentali. Per riprendere solo i casi più recenti, del 2015, è interessante richiamare alcuni procedimenti che riguardano i rapporti tra privati: un caso si occupa delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, un altro del compenso degli avvocati e un altro ancora della tutela dell'ambiente.

Quanto alle clausole vessatorie, nel caso C-119/15 deciso il 21 dicembre 2016 la domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione dell'articolo 6, paragrafo 1, e dell'articolo 7 della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (GU 1993, L 95, pag. 29), in combinato disposto con gli articoli 1 e 2 della direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori (GU 2009, L 110, pag. 30), nonché dell'articolo 267 TFUE.

La domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Biuro podró y «Partner» sp. z o.o. sp.k. w D browie Górnicej (in prosieguo: la «Biuro Partner») e il Prezes Urz d Ochrony Konkurencji i Konsumentów (presidente dell'Ufficio per la tutela della concorrenza e dei consumatori, Polonia) in merito all'utilizzo, da parte della Biuro Partner, di clausole di condizioni generali annotate nel registro nazionale delle

clausole di condizioni generali illecite.

La questione sottoposta alla Corte era molto semplice e di capitale importanza: si chiedeva cioè se, accertata la vessatorietà di determinate clausole contenute in contratti dei consumatori predisposti da una impresa, potessero essere automaticamente considerate nulle clausole vessatorie identiche contenute nei contratti di altre imprese che non avevano partecipato al procedimento.

La Corte, in applicazione dell'art. 47 della Carta, lo esclude: L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7 della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in combinato disposto con gli articoli 1 e 2 della direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, e alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a che l'utilizzo di clausole di condizioni generali – il cui contenuto è equivalente a quello di clausole dichiarate illecite da una decisione giurisdizionale definitiva e annotate in un registro nazionale delle clausole di condizioni generali ritenute illecite – sia considerato con riferimento a un professionista che non è stato parte del procedimento che ha condotto all'annotazione di tali clausole nel suddetto registro, un comportamento illecito, sempreché – circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare – tale professionista goda di un diritto di ricorso effettivo, tanto avverso la decisione che riconosce l'equivalenza delle clausole confrontate, relativamente alla questione se, considerate tutte le circostanze rilevanti specifiche di ciascun caso, tali clausole siano in concreto identiche, segnatamente riguardo agli effetti prodotti a danno dei consumatori, quanto avverso la decisione che fissi, eventualmente, l'importo dell'ammenda inflitta.

Consideriamo il secondo caso.

Quanto al compenso dei procuratori legali, spiega la Corte (nei due procedimenti riuniti C-532/15 e C-538/15, decisi l'8 dicembre 2016) che la funzione dei procuratori legali è principalmente disciplinata dalla Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (legge organica 6/1985 sul potere giudiziario), del 1° luglio 1985 (BOE n. 157, del 2 luglio 1985), e il loro intervento nei procedimenti è regolato dalla Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (legge 1/2000 recante il codice di procedura civile), del 7 gennaio 2000 (BOE n. 7, dell'8 gennaio 2000; in prosieguo: il «codice di procedura civile»). La funzione del procuratore legale è essenzialmente quella di rappresentare le parti nel procedimento e di cooperare efficacemente con gli organi giurisdizionali per agevolare il corretto svolgimento del procedimento. Tali funzioni sono distinte e incompatibili con quelle degli avvocati.

Il loro compenso è così determinato:

«Il Real Decreto n. 1373/2003 por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales (regio decreto n. 1373/2003 recante approvazione della tariffa dei diritti dei procuratori legali), del 7 novembre 2003 (BOE n. 278, del 20 novembre 2003), come modificato dal Real Decreto n. 1/2006 (regio decreto n. 1/2006), del 13 gennaio 2006 (BOE n. 24, del 28 gennaio 2006; in prosieguo: il «regio decreto n. 1373/2003»), assoggetta la retribuzione dei procuratori legali a un importo obbligatorio predeterminato, che può essere negoziato tra il procuratore e il suo cliente, ma che può essere aumentato o diminuito solamente del 12% e fissa il limite massimo per causa in base al valore della controversia. In seguito alle modifiche legislative intervenute nel corso del

2010, il limite massimo globale dei diritti percepiti da un procuratore legale in una stessa causa, per uno stesso atto o in uno stesso procedimento è pari a EUR 300 000.»

Riprendendo un orientamento ormai consolidato, la Corte non ritiene che vi sia violazione della disciplina della concorrenza nella predeterminazione delle tariffe, ma spiega che:

L'articolo 101 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, dev'essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che assoggetta gli onorari dei procuratori legali a una tariffa che può essere aumentata o diminuita solamente del 12%, e della quale i giudici nazionali si limitano a verificare la rigorosa applicazione, senza essere in grado, in circostanze eccezionali, di derogare ai limiti fissati da tale tariffa.

Il caso in materia di ambiente (C-243/15, deciso l'8 novembre 2016) è presentato in questi termini dalla Corte:

«La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta») e dell'articolo 9 della Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, sottoscritta ad Aarhus il 25 giugno 1998 e approvata a nome della Comunità europea con la decisione 2005/370/CE del Consiglio, del 17 febbraio 2005 (GU 2005, L 124, pag. 1; in prosieguo: la «Convenzione di Aarhus»).

Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Lesoochránárske zoskupenie VLK (associazione per la protezione delle foreste VLK, in prosieguo: la «LZ»), organizzazione di diritto slovacco per la tutela dell'ambiente, e l'Obvodný úrad Trenín (Ufficio distrettuale di Trenín, Slovacchia), in merito alla domanda di tale associazione diretta a farsi riconoscere la qualità di parte nel procedimento amministrativo relativo a una richiesta di autorizzazione di un progetto di costruzione di una recinzione in vista dell'ampliamento di una riserva per animali selvatici su un sito protetto».

Quale ruolo gioca l'art.47 della Carta?

Lo spiega la Corte nel disposto secondo il quale:

L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in combinato disposto con l'articolo 9, paragrafi 2 e 4, della Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, sottoscritta ad Aarhus il 25 giugno 1998 e approvata a nome della Comunità europea con la decisione 2005/370/CE del Consiglio, del 17 febbraio 2005, in quanto sancisce il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, in condizioni che garantiscono un ampio accesso alla giustizia, dei diritti conferiti a un'organizzazione per la tutela dell'ambiente che soddisfi i requisiti prescritti dall'articolo 2, paragrafo 5, di tale convenzione dal diritto dell'Unione, nella specie dall'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, come modificata dalla direttiva 2006/105/CE del Consiglio, del 20 novembre 2006, in combinato disposto con l'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), di detta convenzione, deve essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, osta a un'interpretazione delle norme di diritto processuale nazionale secondo la quale un ricorso contro una decisione recante diniego a un'organizzazione del genere della qualità di parte nel procedimento amministrativo di autorizzazione di un progetto che deve essere realizzato su un sito protetto ai sensi della direttiva 92/43, come modificata dalla direttiva 2006/105, non deve

necessariamente essere esaminato nel corso dello svolgimento di quest'ultimo procedimento, che può essere concluso in via definitiva prima che sia adottata una decisione giurisdizionale definitiva sulla qualità di parte, ed è automaticamente respinto non appena tale progetto è autorizzato, costringendo in tal modo tale organizzazione a proporre un ricorso di altro tipo per poter ottenere tale qualità e sottoporre a controllo giurisdizionale il rispetto da parte delle autorità nazionali competenti dei loro obblighi derivanti dall'articolo 6, paragrafo 3, di detta direttiva.

Si sottolinea che in questi casi l'art.47 rileva dal punto di vista dell'accesso alla giustizia e al diritto ad un giusto processo; riguardando vicende coinvolgenti rapporti tra privati era inevitabile che fossero sentiti gli avvocati e che gli avvocati avessero un ruolo predominante in tutte le vicende considerate. Di qui la convinzione che l'art. 47 della Carta possa essere invocato per giustificare la tutela costituzionale dell'avvocatura, la quale non opera solo a beneficio della parte assistita, non solo coopera per il progresso della cultura giuridica e l'evoluzione del sistema giuridico, ma contribuisce a dare certezza (del diritto) agli soggetti che operano sul mercato.

4. La prevalenza del rimedio sul ricorso, e la collaborazione tra le Corti.

È evidente che non ci può essere rimedio se non vi è un ricorso, ma la cosa non è reciproca, perché il principio di effettività del rimedio implica che in ogni ordinamento nazionale siano apprestati rimedi per la violazione dei diritti fondamentali.

Nel caso in cui non se ne fossero, il giudice non può denegare giustizia, ma piuttosto sollevare la questione dinanzi alla Corte costituzionale, oppure dinanzi alla Corte di Giustizia, a seconda delle situazioni. E nel caso in cui il rimedio fosse negato in ultima istanza, il titolare del diritto leso può rivolgersi alla Corte EDU.

L'interrogativo che si poneva è dunque superabile.

Lo spiega in modo piano l'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón nelle conclusioni presentate nella Causa C-69/10 (nel caso Brahim Samba Diouf contro il Ministero del lavoro, dell'impiego e dell'immigrazione lussemburghese, a proposito del diritto all'asilo: «l'Unione - egli dice - conferisce a tutti gli individui il diritto di richiedere la tutela di un giudice a fronte di qualsiasi atto lesivo dei diritti e delle libertà riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione, imponendo, anzitutto, che il rimedio giurisdizionale sia effettivo, vuoi nel senso che deve essere giuridicamente idoneo a consentire la riparazione, se del caso, della lesione denunciata, vuoi nel senso che deve trattarsi di un rimedio praticabile, vale a dire soggetto a condizioni che non rendano il suo esercizio impossibile o assai difficile». Nelle argomentazioni si sottolinea la conformità dell'art.47 della Carta agli artt. 6 e 13 della Convenzione.

La sentenza che ne è seguita, del 28 luglio 2011, ricalca queste considerazioni, stabilendo - con riguardo al caso di specie - che al portatore del diritto fondamentale si deve sempre riconoscere il diritto ad ottenere un controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa.

E già il Comitato per i diritti umani nel suo parere del 29 marzo 2004 aveva stabilito che l'art.13 della Convenzione europea abilita l'interessato ad ottenere soddisfazione se nell'ordinamento nazionale a cui è soggetto non preveda un rimedio utile per tutelare il diritto fondamentale di cui è titolare. Si può dunque condividere la tanto discussa pronuncia della Corte costituzionale n. 238 del 2014 che non ha dato ingresso alla Convenzione internazionale sui crimini di guerra, che avrebbe preteso che alle vittime non si potesse riconoscere il

diritto al risarcimento del danno da parte dello Stato tedesco. La sentenza è argomentata sulla base degli artt. 2 e 24 Cost., ma al medesimo risultato si sarebbe potuto pervenire applicando gli articoli in commento.

Sempre al rimedio si rifanno le sentenze della Corte di Giustizia nei casi di tutela del consumatore (Aziz e Mostaza Claro), perché non è soltanto il ricorso al giudice (naturale) o al procedimento agguadativo, o alla ragionevole durata del processo, o alla possibilità per l'interessato di difendersi dicendo l'ultima parola (prescrizione ora adottata anche con la riforma del processo civile di cassazione) che si vuol mettere in rilievo nell'art.47, ma la necessità di offrire al titolare del diritto uno strumento processuale che gli possa assicurare il rimedio (cioè, di volta in volta, il risarcimento del danno, la restituzione, la reintegrazione e così via) che gli consenta di tutelare adeguatamente il diritto vantato.

5. Il rimedio coltivato dall'avvocato.

Più si ragiona in termini di rimedio – parola talvolta ritenuta generica, evasiva, inaffidabile – più si legittima la tesi che non vi può essere accesso alla giustizia, giusto e rapido processo, ricorso effettivo, più ci si convince che i diritti fondamentali in tanto possono essere compiutamente difesi in quanto il titolare sia in grado di consultare un legale e di farsi rappresentare (tecnicamente) in giudizio da un avvocato.

Gli studiosi del diritto privato hanno tracciato l'origine (e la causa) della assenza nel vocabolario ottocentesco e novecentesco dell'espressione "rimedio"; l'organizzazione della tutela dei diritti era fondata non su una concezione rimediale, ma su una concezione costruita su "diritti primari". Ma solo se c'è un rimedio effettivo (diritto secondario) il diritto primario può avere concreta realizzazione. È questo un principio ben noto ai giuristi romani: basta ricordare il brocardo "ubi remedium ibi ius". Un diritto non assistito da un rimedio è una semplice enunciazione, flatus vocis, senza effettiva concretezza.

È l'avvocato che conosce i rimedi: il titolare del diritto nella maggior parte dei casi non conosce neppure il diritto che gli è proprio, la sua estensione, le sue potenzialità; ciò che la persona comune avverte è la necessità di giustizia; è l'avvocato che deve scegliere il procedimento (ricorso) che conduce ad una soluzione (un ricorso effettivo) perché attraverso il ricorso può ottenere un rimedio per il suo assistito.

Solo in questo modo "ricorso" e rimedio" possono considerarsi fungibili, e solo in questo modo i giuristi continentali possono continuare a parlare di ricorsi e i giuristi inglesi parlare di rimedi.

È dunque non solo ragionevole, ma imprescindibile, che là dove si parla di accesso alla giustizia e di giusto processo (art.111 Cost.) sia menzionato il ruolo dell'avvocato. (7) Spetta all'avvocato districarsi tra diritti e rimedi, tra Corti interne e Corti internazionali, tra atti e termini processuali, per far sì che l'assistito ottenga soddisfazione e quindi il suo "accesso alla giustizia" non sia soltanto una assicurazione volta alla promozione della tutela ma si risolva in una tutela effettiva.

È altrettanto evidente che l'avvocato deve essere un professionista che ha acquisito il titolo, che ha maturato l'esperienza richiesta per patrocinare davanti alle singole Corti, che ha seguito i corsi di aggiornamento, che, come si precisa nella legge che disciplina la professione forense, uniformi il proprio comportamento al codice etico (e quindi sia assoggettato alla giurisdizione del Consiglio nazionale forense): sia soprattutto un avvocato libero e indipendente.

Là dove la presenza dell'avvocato non è richiesta (ma si tratta

di casi eccezionali) si deve tuttavia sempre consentire la scelta di assistenza da parte dell'interessato e la possibilità di rivolgersi al giudice nel caso dovesse prima esperire le procedure di ADR.

Note:

(1) Nell'ampia messe di contributi v. I diritti fondamentali nell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona, Bologna, 2013, p. 1373 ss.; AA.VV. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a cura di R.Mastrojanni, Milano, 2017

(2) In particolare v. Manganaro, Equo processo e diritto ad un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, iuspublicum network review, 2011; Imbruglia, Effettività della tutela e ruolo del giudice, in Riv.trim.dir.proc.civ., 2017, p. 961 ss; sul diritto di essere ascoltato, in margine alla causa C-348/16 (Moussa Sacko) v. Strazzari, Diritto ad un ricorso effettivo e autonomia processuale degli Stati: l'audizione personale del ricorrente nelle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale, in DPCE on line, 2017/4, p. 987, Essenziale, per la illustrazione e soluzione dei problemi ermeneutici Trocker, La formazione del diritto processuale europeo, Torino, 2011

(3) Di Majo, Il linguaggio dei rimedi, in Europa e diritto privato, 2005, n.2, p. 342

(4) Per tutti v. Brutti, Il diritto privato nell'antica Roma, Torino, 2015, p. 13 ss., con riguardo alla nozione di "actio"

(5) Trocker, op.cit.; Lenaerts, Effective judicial protection in the EU, in europa.eu/justice, 2013

(6) Mazzamuto, La nozione di rimedio nel diritto continentale, in Europa e diritto privato, 2007, n.3, p. 593; Sirena e Adar, La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo, in Riv.dir.civ., 2012, p. 359 ss.; Smorto, Sul significato di "rimedi", ivi, 2014, n.1, p. 159 ss.; Vettori, Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo, in Persona e mercato, s.d.

(7) In questo senso v. perspicuamente Luciani, L'avvocatura e la Costituzione, p. 16 ss. del datt.

L'avvocatura e la Costituzione

Massimo Luciani

Ordinario nell'Università di Roma "La Sapienza"

Sommario: 1. *La questione.* - 2. *L'avvocatura nei lavori preparatori della Costituzione.* - 3. *La giurisprudenza costituzionale.* - 4. *La Convenzione EDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.* - 5. *Alcuni dati di diritto costituzionale comparato.* - 6. *Ipotesi di ulteriore formalizzazione del riferimento all'avvocatura nella Costituzione.* - 7. *Osservazioni conclusive.*

1. La questione.

La Costituzione fa esplicito riferimento agli avvocati quattro volte: all'art. 104, comma 4 (*"Gli altri componenti [del Consiglio Superiore della Magistratura] sono eletti [...] per un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio"*); all'art. 106, comma 3 (*"Su designazione del Consiglio superiore della magistratura possono essere chiamati all'ufficio di consiglieri di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori"*); all'art. 135, comma 2 (*"I giudici della Corte costituzionale sono scelti tra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrative, i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo venti anni di esercizio"*); all'art. 135, comma 6 (*"L'ufficio di giudice della Corte è incompatibile con quello di membro del Parlamento, di un Consiglio regionale, con l'esercizio della professione di avvocato e con ogni carica ed ufficio indicati dalla legge"*).

Si tratta di un dato significativo, che dimostra la considerazione che i Costituenti (molti dei quali, del resto, erano anch'essi avvocati) ebbero per l'avvocatura. Quel che più conta, però, è l'attenzione implicita che all'avvocatura la Costituzione ha riservato, quando, all'art. 24, ha disposto che *"La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento"* (comma 2) e che *"Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione"*.

Nell'interpretazione datane dalla Corte costituzionale in un'importante pronuncia della fine degli anni Settanta, relativa soprattutto alla difesa penale, ma di portata senz'altro più ampia (si tratta della sent. n. 125 del 1979, dovuta alla penna di Alberto Malagugini, egli stesso, in passato, avvocato), l'art. 24 Cost. ha come finalità "essenziale" quella di *"garantire a tutti la possibilità di tutelare in giudizio le proprie ragioni"* (par. 3). È proprio in forza di questa essenzialità che *"Per il nostro ordinamento positivo, il diritto di difesa nei procedimenti giurisdizionali si esercita, di regola, mediante l'attività o con l'assistenza del difensore, dotato di specifica qualificazione professionale, essendo limitata a controversie ritenute di minore importanza ovvero a procedimenti penali per reati cosiddetti bagatellari la possibilità che la difesa venga esercitata esclusivamente dalla parte"* (par. 4). La tendenza, pertanto, è stata quella di assicurare all'imputato *"il massimo di assistenza tecnica"* (par. 5) e, poiché corollario dell'invulnerabilità del diritto di difesa è la sua irrinunciabilità (par. 7), le norme che impongono all'imputato di munirsi dell'assistenza di un difensore tecnico non contrastano con l'art. 24 Cost., ancorché non costituiscono *"una scelta legislativa costituzionalmente obbligatoria"* (par. 8). Come si vede, da questa pronuncia si desume che la Costituzione, pel solo fatto di aver riconosciuto il diritto di difesa, ha riconosciuto anche l'essenzialità del ruolo della difesa tecnica, sebbene (ovviamente nei limiti della ragionevolezza) al legislatore sia consentito prescindere in determinate fattispecie.

La questione dell'essenzialità o meno della difesa tecnica è fondamentale per bene intendere quale sia la posizione attuale dell'avvocatura nel quadro costituzionale. L'importante sent. n. 125 del 1979, ora ampiamente commentata (e particolarmente delicata, perché resa in una fattispecie in cui un imputato aveva rifiutato non solo la difesa, ma l'intero processo, contestando la "giustizia di regime"), si inserisce in un più ampio filone nel quale si incontrano numerose altre pronunce. Limitandosi alle più significative, si possono ricordare: a) la sent. n. 46 del 1957, nella quale si è affermato che *"il diritto della difesa [...], intimamente legato alla esplicazione del potere giurisdizionale e alla possibilità di rimuovere le difficoltà di carattere economico che possono opporsi [...] al concreto esercizio del diritto medesimo, deve essere inteso come potestà effettiva della assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti. Così il compito della difesa assume una importanza essenziale nel dinamismo della funzione giurisdizionale, tanto da poter essere considerato come esercizio di funzione pubblica [...]"*;

b) la sent. n. 120 del 1972, nella quale si è detto, addirittura, che *"le prestazioni del procuratore legale sono dall'ordinamento considerate servizio di pubblica necessità e costituiscono, normalmente, strumento necessario per l'esercizio del diritto di difesa garantito dalla Costituzione (art. 24)"*;

c) la sent. n. 184 del 1974, in cui s'è detto che l'art. 24 Cost. *"enuncia, in termini generali, un fondamentale principio di amplissima portata, senza peraltro distinguere tra i diversi tipi di giudizi e tra le varie fasi rispettive, né comunque accennare al rapporto tra difesa personale e difesa tecnica, e senza che sia dato desumerne, con riferimento a tutti i giudizi ovvero ad alcune categorie di essi, l'inderogabile necessità della presenza attiva del difensore (che - come questa Corte ha già avuto occasione di affermare con la sentenza n. 62 del 1971 - rappresenta, evidentemente, rispetto al diritto alla difesa, in genere, ed allo stesso diritto alla difesa tecnico-professionale, in particolare, qualcosa di più, che pertanto la legge può, ma non deve, prescrivere con riguardo a determinate ipotesi)"*;

d) la sent. n. 99 del 1975, la quale ha espressamente riconosciuto il rilievo, *"accanto alla difesa tecnica, cui attende il difensore"*, dell'autodifesa, *"che ha riguardo a quel complesso di attività mediante le quali l'imputato è posto in grado di influire sullo sviluppo dialettico del processo"*, tanto che, per la Corte, *"l'uno e l'altro aspetto del diritto di difesa trovano puntuale riscontro nell'art. 24, comma secondo, della Costituzione che [...] tutela l'autodifesa, non meno della difesa tecnica, quale diritto primario dell'imputato, immanente a tutto l'iter processuale, dalla fase istruttoria a quella di giudizio, sino al momento di chiusura del dibattimento, in cui l'imputato deve avere per ultimo la parola"*;

e) la sent. n. 188 del 1980, ove si affronta l'ipotesi in cui l'imputato avanzi la richiesta di autodifendersi (ipotesi che è diversa da quella del complessivo rifiuto della difesa in giudizio e del processo che era all'origine invece della sent. n. 125 del 1979), affermando che *"Il cosiddetto «rifiuto del processo» e della giustizia del nostro Stato è un atteggiamento tutto politico di alcuni imputati, che di per sé non può assumere alcun rilievo formale rispetto al corso, alle forme, alle garanzie ed all'attuazione anche coercitiva della giustizia penale. Nella logica dell'ordinamento giuridico, rifiuto di difendersi e volontà di autodifendersi sono ugualmente qualificabili come scelte, non importa se attive o negative, concernenti il modo di avvalersi dei diritti inviolabili e irrinunciabili, che l'ordinamento (indipendentemente dagli atteggiamenti verso di esso) ricollega alla formale posizione di imputato. Né l'uno né l'altro tipo di scelta è pregiudicato dalla nomina obbligatoria del difensore d'ufficio, posto che questa non incide in nessun modo sulla*

partecipazione (o non partecipazione) dell'imputato al processo, non ne impegna la personalità, ed è in ogni caso preordinata alla completezza del contraddittorio processuale, nell'interesse dell'imputato stesso ed in modi che, pur non definiti da norme processuali vincolanti, non possono non tenere conto delle scelte defensionali del vero titolare del diritto di difesa, appunto l'imputato";

f) la sent. n. 498 del 1989, ove si dice che l'esigenza del difensore nel processo è "assoluta ed inderogabile perché introduce un protagonista senza il quale, specie e tanto più nel nuovo processo, esso non può, da un certo momento in poi, nemmeno proseguire. In realtà, l'imposizione all'imputato di un difensore, persino suo malgrado, mira ad assicurargli quelle cognizioni tecnico-giuridiche, quell'esperienza processuale e quella distaccata serenità, che gli consentono di valutare adeguatamente le situazioni di causa, in guisa da tutelare la sua più ampia libertà di determinazione nella scelta delle iniziative e dei comportamenti processuali";

g) l'ord. n. 421 del 1997 (poi richiamata dall'ord. n. 182 del 2001), ove si afferma che "su un diverso terreno rispetto alla difesa tecnica si colloca il parallelo diritto all'autodifesa, operante nell'ambito del principio del contraddittorio [...]".

Un cospicuo corpus giurisprudenziale, come si vede, nel quale l'importanza della difesa tecnica risalta con nettezza.

In armonia con l'orientamento della giurisprudenza costituzionale risulta quella parte della dottrina che ha evidenziato come "nel sistema di una Costituzione, la quale colloca la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo tra i compiti fondamentali della Repubblica e ripetutamente sottolinea la priorità della libertà e della dignità umane, l'assoluzione dell'innocente e la condanna del colpevole alla sola pena giusta, non ad una pena più grave, rappresentano obiettivi la cui realizzazione non può essere lasciata nella disponibilità dell'imputato. Dato ciò, e dato altresì che la presenza nel processo di un difensore, ancorché ostacolato nella sua azione dalla non collaborazione o addirittura dall'ostruzionismo dell'assistito, può solo contribuire alla realizzazione di quegli obiettivi, bisogna ritenere che, quando l'imputato omette di designare un difensore di fiducia e respinge la nomina di un difensore d'ufficio perché non vuole difendersi né essere difeso, l'articolo in esame 2° comma non solo non gli garantisce l'efficacia di un tale rifiuto, ma anzi esige che un difensore gli venga comunque assegnato e che costui possa esplicitare ogni azione che ritiene utile alla difesa" (M. SCAPARONE, *Art. 24, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1981, 91 sg.).

Tale essendo il quadro costituzionale, e considerato che la difesa tecnica è *naturaliter* apprestata da un avvocato (è ben possibile che in casi eccezionali possa essere assicurata da un magistrato, come nei procedimenti innanzi la sezione disciplinare del CSM, mentre la Corte costituzionale ha escluso che possa esserlo da un ufficiale delle forze armate di grado inferiore, non necessariamente in possesso di preparazione tecnico-giuridica: sent. n. 320 del 1983), ci si può chiedere se l'attenzione per l'avvocatura non meriti d'essere ulteriormente formalizzata ed esplicitata nel testo della Costituzione. Per rispondere a questo interrogativo è bene ampliare la prospettiva di analisi.

2. L'avvocatura nei lavori preparatori della Costituzione.

Il dibattito in Assemblea Costituente - tanto nel *Plenum* quanto nelle Sottocommissioni - mostra bene l'indubbia peculiarità delle funzioni svolte, nel nostro ordinamento, dall'avvocato. La pregnanza dell'attività esercitata dall'avvocato emerse soprattutto in due momenti del dibattito: quando si

discusse del diritto di difesa in giudizio e quando si discusse della composizione di alcuni organi costituzionali e di rilievo costituzionale.

2.1. Quanto alla discussione sul diritto di difesa, basterà ricordare un paio di passaggi importanti.

i) La proposta emendativa dell'art. 4, comma 2, per come presentato dai relatori La Pira e Basso, che l'On. Mastrojanni presentò in Prima Sottocommissione (*Atti Ass. Cost., Prima Sottocommissione*, Sed. 17 settembre 1946, pp. 51 sgg.). Quella proposta ("*La difesa è garantita in ogni grado e stato processuale, in ogni tempo e davanti a qualsiasi giurisdizione. Essa è affidata solo agli avvocati*") era motivata dalla constatazione che innanzi i tribunali militari di guerra la difesa a mezzo di avvocato era spesso preclusa, sicché doveva risultare chiaro in Costituzione "il concetto che la difesa *per mezzo di avvocato* è garantita in ogni tempo e davanti ad ogni giudice" (cors. mio). La proposta non fu, però, accolta. L'On. Dossetti, infatti, rilevò che quella formulazione non avrebbe in ogni caso superato l'inconveniente segnalato dall'On. Mastrojanni e che, a tal fine, sarebbe stato necessario parlare espressamente di garanzia attraverso difensori di fiducia. Tanto, però, poteva essere - a parere di Tupini - "*pericoloso*". La Prima Sottocommissione, quindi, approvò in quella seduta la formula proposta dall'On. Mancini ("*La difesa processuale è un diritto inviolabile*"), con l'aggiunta della locuzione "*in ogni stato o grado di giurisdizione*".

ii) Gli interventi di La Rocca e di Persico in Assemblea, il 26 novembre 1947 (*Atti Ass. Cost.*, vol. IX, pp. 2515 sgg.) quando si discusse del diritto di difesa dei non abbienti. In particolare, La Rocca osservò che "*Il povero, in giudizio, deve avere qualcuno che lo sostenga, con calore, con fede. E questo bisogno è stato sentito e tradotto in formule giuridiche, in tutte le legislazioni [...] Per la legislazione romana, una favola triste suona, secondo la quale l'esercizio forense sarebbe stato una spoliazione e una rapina: esso era honorificum munus; e sorse come insegna e come scudo del diritto, finché, per abusi intervenuti, la famosa legge Cinzia proibì il compenso e impose il gratuito. L'avvocato (vir bonus, dicendi peritus) era chiamato dalla voce dell'affetto o del sangue, accanto al reo, nell'ora della sciagura. E il rostro, da cui si dilatava la musica verbale dei grandi oratori, era un po' la casa sicura dei più deboli*". Persico, invece, affermò: "*io credo che si potrebbe istituire un'avvocatura per i poveri. [...] Rendendo obbligatorio per tutti i professionisti, come titolo onorifico e come corrispettivo di tutte le cause che sono pagate dagli abbienti, di assumere a turno, secondo le specializzazioni, la difesa dei poveri*".

2.2. Anche quanto al secondo profilo (nel quale il rilievo costituzionale dell'avvocato emerge quando l'appartenenza alla categoria, specie se per un periodo prolungato, assurge - non a caso - a requisito per la nomina a membro di organi costituzionali o di rilievo costituzionale) ci si può limitare all'esenziale.

Interessano, qui, soprattutto due interventi a proposito di quello che sarebbe poi divenuto l'art. 106, comma 3, Cost. (in cui, come già ricordato, si prevede che possono essere nominati all'ufficio di consigliere di cassazione avvocati che abbiano quindici anni di esercizio e siano iscritti negli Albi speciali per le giurisdizioni superiori).

Il primo è quello dell'On. Conti alla seduta del 26 novembre 1947 (*Atti Ass. Cost.*, vol. IX, pp. 2510 sg.): "Non si può vietare che avvocati insigni, che uomini di grande altezza intellettuale, passino alla Magistratura dalla professione. Sono convinto della importanza di questo principio: che nella Magistratura dovrebbero avere ingresso elementi che escano

anche dalla professione di avvocati, perché la Magistratura ha bisogno di elementi esperti, preparati con l'esercizio dell'avvocatura. Disse un giorno qui un grande avvocato della parte politica alla quale io appartengo, Antonio Pellegrino: «il giudice prendetelo fatto», cioè formato, cioè preparato alla grande funzione del giudicare. La classe degli avvocati può dare alla Magistratura ottimi elementi”.

Il secondo è quello dell'On. Abozzi alla seduta del 12 novembre 1947 (*Atti Ass. Cost.*, vol. IX, p. 1979): “è fatto incontestabile che l'avvocato coopera all'amministrazione della giustizia, ma poiché al grado di Consigliere di cassazione il magistrato arriva dopo una vita impiegata a servir la giustizia, è giusto che l'avvocato sia designato all'alta funzione dopo una vita spesa a servir la giustizia”.

Entrambi questi interventi testimoniano che alla Costituente si era consapevoli dell'essenzialità dell'opera dell'avvocato per il funzionamento del sistema-giustizia nonché del suo valore anche pubblicistico, che è sempre presente nonostante la natura privata e pienamente libera (in quanto assistita dalle garanzie dell'art. 33 Cost.) della professione forense (sul punto cfr., ad es., G. ZAGREBELSKY, *L'autodifesa di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 858).

3. La giurisprudenza costituzionale.

Anche la giurisprudenza costituzionale, oltre a valorizzare - come s'è visto - la sua utilità, riconosce la peculiarità della funzione dell'avvocato.

Già nella sent. n. 137 del 1975 la Consulta ha rilevato che “*Gli avvocati e procuratori in vista e per il fatto dell'esercizio della professione, si trovano in una posizione che ha aspetti di peculiarità che oggettivamente la differenziano da quella di tutti gli altri prestatori d'opera intellettuale, in ordine alla corresponsione della remunerazione loro dovuta (sentenza n. 132 del 1974), ed è certamente diversa rispetto a quella di tutti gli altri cittadini. Sono essi, infatti, tenuti a superare esami di Stato o avere determinati requisiti o anzianità qualificanti, per potere essere iscritti agli albi e per potere esercitare la professione; e sono ancora tenuti, e tra l'altro, ad osservare nello svolgimento della loro attività norme anche non scritte, sottostando quindi circa la loro condotta e sotto il profilo deontologico, al controllo del consiglio dell'ordine competente. E tali condizioni, limiti e limitazioni risultano posti a tutela dell'interesse di tutti i cittadini ed in particolare di quelli (che a loro volta possono anche essere dei professionisti legali) che agli avvocati e procuratori si rivolgono per la difesa e rappresentanza in sede giudiziale o nella materia extragiudiziale*”.

Nella sent. n. 171 del 1996, poi, sono stati riconosciuti “*l'impegno e lo scrupolo deontologico con cui avvocati e procuratori assolvono quotidianamente una funzione insostituibile per il corretto svolgimento della dinamica processuale*”, nonché i “*meriti storici che l'avvocatura ha acquisito anche fuori delle aule di giustizia, contribuendo alla crescita culturale e civile del Paese e, soprattutto, alla difesa delle libertà*”.

Che quella forense sia una professione assai peculiare, in quanto collegata a un valore costituzionale fondamentale quale la difesa in giudizio (si noti che proprio il diritto di difesa è - dopo quello alla salute, tale proclamato direttamente dall'art. 32 Cost. - il primo che la giurisprudenza costituzionale abbia qualificato “fondamentale”: sent. n. 46 del 1957), è dunque un dato acquisito alla giurisprudenza della Corte. Peculiarità del ruolo, nondimeno, non significa inserimento nell'organizzazione dei pubblici poteri, perché - come accennato - il profilo di libertà disegnato dall'art. 33 Cost. non può essere cancellato. Nondimeno, non può non notarsi la singolare motivazione dell'ord. n. 359 del 1999, con la quale la

Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato proposto da un avvocato nei confronti della Corte di cassazione, che avrebbe leso le sue prerogative costituzionali. In quel caso, infatti, l'inammissibilità non venne radicata nell'insussistenza del requisito soggettivo della qualità di “potere dello Stato” (che - pure - nell'ordine delle pregiudiziali avrebbe dovuto essere scrutinata per prima), bensì nell'assenza del “tono costituzionale” del conflitto. Infatti: “*il ricorrente, sotto la veste di conflitto per menomazione della funzione del difensore, propone in realtà censure relative alla correttezza giuridica di decisioni assunte dalla Corte di cassazione in tema di validità della procura speciale, di condanna del difensore alle spese del giudizio e di correzione di errore materiale, non suscettibili di configurare esorbitanze dai limiti propri della giurisdizione, e dalle quali solo come riflesso discende la lamentata menomazione della funzione del difensore*”. Questa motivazione, peraltro, non è imputabile a un eccesso di valorizzazione della funzione pubblicistica dell'avvocatura, ma alla notevolissima ampiezza della nozione di “potere dello Stato” ai sensi dell'art. 134 Cost. che è stata costruita dalla giurisprudenza costituzionale (che rende assai difficile negare la relativa qualità soggettiva).

4. La Convenzione EDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.

Altri importanti dati di diritto positivo, per limitarsi al contesto regionale europeo, si evincono dall'art. 6 della Convenzione EDU e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.

4.1.- Quanto alla CEDU, l'art. 6, rubricato “Diritto a un equo processo”, sancisce al primo comma il diritto alla tutela giurisdizionale, stabilendo che “*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge [...]*”.

Il secondo comma enuncia il principio di non colpevolezza sino a prova contraria, mentre il terzo comma specifica il contenuto del diritto alla tutela giurisdizionale in ambito penale attraverso un elenco di garanzie, prevedendo, tra l'altro, che la persona accusata abbia diritto di “*b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa*” e “*c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia*”.

La disposizione riportata si segnala perché:

- esplicita che la “difesa tecnica” rappresenta un contenuto imprescindibile del diritto di difesa;
- riconosce che la difesa tecnica deve essere affidata a un “avvocato”, ovvero a uno specialista dell'attività forense;
- evidenzia che l'attività dell'avvocato non è solamente oggetto di un diritto individuale, ma è anche espressione dell'interesse generale e della collettività all'amministrazione della giustizia, sicché è la stessa pretesa dello Stato alla repressione degli illeciti e alla soluzione delle controversie civili a presupporre il ruolo dell'avvocato.

Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo emergono alcune ulteriori e specifiche indicazioni circa il ruolo e la funzione dell'avvocato.

In primo luogo, nella dec. 12 luglio 1984, *Can c. Austria*, è stato escluso che la Convenzione EDU abbia fissato una dicotomia alternativa tra “difesa personale” e “difesa tecnica”. Al contrario, ivi si è osservato che la Convenzione garantisce “*il diritto a difendersi personalmente inter alia attraverso l'assistenza legale di propria scelta*” (§ 54, enfasi nell'originale).

Nella medesima sentenza, poi, si specifica che l'attività del patrocinatore legale (*"defence counsel"*, ma oltre è usato anche il termine *"lawyer"*) non include solamente la preparazione del processo, ma anche *"il controllo della legittimità di ogni misura assunta nello svolgimento del procedimento investigativo"* anche nelle *"prime fasi"* del processo (§ 55; cfr. anche sent. 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*; 12 maggio 2005, *Öcalan c. Turchia*).

In questa prospettiva, il diritto di un accusato di essere *"effettivamente difeso da un avvocato è una delle caratteristiche fondamentali dell'equo processo"* (sent. 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*).

Ancora in riferimento alla possibilità di stare in giudizio *"in proprio"*, la Corte, nella sent. 15 novembre 2007, *Galstyan c. Armenia*, ha specificato che la facoltà di difendersi personalmente non è assoluta, in quanto *"gli interessi della giustizia"* possono imporre l'esercizio della difesa tecnica (ad esempio quando si ritiene che una persona sia stata indotta a tale scelta con dolo o violenza; § 91).

Più in generale, la Corte EDU ha affermato (in sintonia con la nostra Corte costituzionale, si noterà) che l'imposizione di una difesa tecnica non è in contraddizione con la Convenzione e che è rimesso al margine di apprezzamento degli Stati verificare se tale imposizione garantisca adeguatamente il diritto di difesa (sent. 15 novembre 2011, *Correia de Matos c. Portogallo*). In questo senso, l'interesse della giustizia può comportare la nomina di un ulteriore difensore da parte del giudice, da aggiungere al singolo professionista o al collegio difensivo scelto dalla parte (ad esempio quando nessuno dei difensori scelti abbia il proprio domicilio professionale abituale nel distretto dell'autorità giurisdizionale; sent. 25 settembre 1992, *Croissant c. Germania*, § 29) e può anche imporre un'assistenza legale particolarmente qualificata, laddove la natura del procedimento sia talmente particolare da giustificare la riserva della difesa ad avvocati specialisti (cfr. sent. 26 luglio 2002, *Meftah c. Francia*, § 47).

Devono essere segnalate, altresì, le pronunce in cui la Corte ha posto l'accento sulla particolare *"indipendenza della professione legale"* (sent. 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Svizzera*, § 41), che impedisce allo Stato di interferire nei rapporti tra difensore e assistito, se non nel caso in cui risulti che l'avvocato ometta di adempiere al proprio mandato defensionale, nel qual caso lo Stato deve intervenire per assicurare l'effettività dell'assistenza legale (sent. 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*; 10 ottobre 2002, *Czekalla c. Portogallo*, §§ 65 – 71; 21 aprile 1998, *Daud c. Portogallo*, § 38, in cui si afferma che le autorità pubbliche sono tenute, secondo l'art. 6, comma 3, lett. c), della Convenzione, a intervenire se vengono a conoscenza di una negligenza - *"failure"* - tale da compromettere l'effettività del diritto di difesa).

In conclusione, dall'esame della giurisprudenza della Corte EDU, emerge che anche al livello dell'ordinamento convenzionale il ruolo dell'avvocato risulta essere centrale nell'esercizio della funzione giurisdizionale (civile, penale, etc.), in quanto assicura, in posizione di indipendenza dai pubblici poteri, l'effettività del diritto di difesa della persona privata e l'interesse alla corretta amministrazione della giustizia.

4.2.- Quanto al diritto dell'Unione europea, l'art. 47 della Carta di Nizza, rubricato *"Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale"*, stabilisce al comma 2, secondo periodo, che *"Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare"* nell'esercizio del diritto di difesa e tutela giurisdizionale, mentre il successivo comma 3 specifica che *"a coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patro-*

cinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia".

L'anzidetta disposizione non menziona espressamente la figura dell'avvocato o l'attività di assistenza legale specialistica. Non dimeno, com'è indicato dalle *"Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali"* (Atto 2007/C 303/02, pubbl. in GUUE 14 dicembre 2007, C 303/17), *"il secondo comma"* dell'art. 47 *"corrisponde all'articolo 6, paragrafo 1 della CEDU"* (cfr. anche CGUE, 10 agosto 2017, C-270/17, *Tupikas*; EU:C:2017:628, § 6). Dato che, come si è visto *supra*, il diritto di difesa e tutela giurisdizionale contemplato dall'art. 6 CEDU comporta anche l'assistenza di un professionista del settore legale, si deve ritenere che anche nell'ambito della c.d. Carta di Nizza trovi riconoscimento la peculiare funzione dell'avvocato. Tale circostanza è confermata dalla *"Risoluzione del Parlamento europeo sulle professioni legali e l'interesse generale nel funzionamento dei sistemi giuridici"* (atto P6_TA(2006)0108), in cui:

- si ricorda come la giurisprudenza della Corte di giustizia UE abbia riconosciuto *"l'indipendenza, l'assenza di conflitti di interesse e il segreto/confidenzialità professionale quali valori fondamentali nella professione legale che rappresentano considerazioni di pubblico interesse"*;
- si riconosce che le professioni legali assolvono a una *"funzione cruciale [...] in una società democratica al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali, lo stato di diritto e la sicurezza nell'applicazione della legge, sia quando gli avvocati rappresentano e difendono i clienti in tribunale che quando danno parere legale ai loro clienti"*;

- si dice che *"qualsiasi riforma delle professioni legali ha conseguenze importanti che vanno al di là delle norme della concorrenza, incidendo nel campo della libertà, della sicurezza e della giustizia e in modo più ampio, sulla protezione dello stato di diritto nell'Unione europea"*.

Come si vede, sebbene nell'ordinamento eurounitario il profilo della concorrenza e della salvaguardia degli interessi del consumatore sia prevalente (tanto da aver indotto la Corte di giustizia, come è noto, a qualificare *"imprese"* i liberi professionisti), la funzione esercitata dalle professioni legali per il rispetto dei diritti fondamentali emerge comunque a tutto tondo. Essa, pertanto, non può essere ricondotta alla semplice *"prestazione di servizi nel libero mercato"*, ma si pone al centro del sistema di libertà, sicurezza e giustizia che qualifica l'Unione europea come *"comunità di diritto"* (così la storica sent. CGCE 23 aprile 1986, C-294/83, *Les Verts*, EU:C:1986:166, § 23).

4.3.- Il riferimento alla disciplina convenzionale ed eurounitaria appare assai importante per intendere appieno il sistema delle garanzie del diritto di difesa, nel quale l'avvocatura gioca il decisivo ruolo sopra descritto. Tanto, specie alla luce di alcuni recentissimi sviluppi della giurisprudenza costituzionale.

Come si legge nella sent. n. 269 del 2017, infatti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) *"costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione"*. In casi di questo genere, precisa l'importante sentenza costituzionale ora ricordata, *"le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di*

costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei [...] anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito”.

5. Alcuni dati di diritto costituzionale comparato.

Anche le esperienze costituzionali a noi geograficamente più vicine (alle quali è bene, qui, limitarsi) sono significative. Talvolta il testo costituzionale è estremamente laconico, come accade nell'art. 74, par. 1, n. 1, del *Grundgesetz*, che si limita a dire che l'avvocatura è materia di legislazione concorrente. Talaltra (come - si è visto - accade nella nostra Costituzione) si fa riferimento all'avvocatura per la composizione di organi costituzionali: così l'art. 65 della Costituzione francese prevede che del *Conseil supérieur de la magistrature* faccia parte un avvocato; gli artt. 122 e 159 della Costituzione spagnola stabiliscono che i componenti del Consiglio superiore del potere giudiziario e del Tribunale costituzionale sono scelti anche fra avvocati; l'art. 99 della Costituzione greca contempla la presenza di due avvocati nel Tribunale speciale chiamato a giudicare dei reati commessi dai magistrati nell'esercizio delle loro funzioni.

In altri casi, invece, si va più in là e si riconosce esplicitamente il ruolo dell'avvocatura nella difesa dei diritti costituzionali. Così l'art. 17, comma 3, della Costituzione spagnola garantisce al detenuto l'assistenza di un avvocato nel corso delle indagini di polizia e giudiziarie; gli artt. 20, comma 1, e 32, comma 3, della Costituzione portoghese stabiliscono - rispettivamente - che tutti hanno diritto al patrocinio in giudizio e a farsi accompagnare da un avvocato innanzi qualsivoglia autorità e che l'imputato ha diritto a scegliersi il difensore e a essere da lui assistito in tutti gli atti processuali, mentre la legge stabilisce i casi in cui l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria; l'art. 105 della Costituzione tunisina stabilisce che “*La professione di avvocato è libera e indipendente. Essa contribuisce alla realizzazione della giustizia e alla difesa dei diritti e delle libertà*” (comma 1) e che “*L'avvocato beneficia delle garanzie di legge che ne assicurano la protezione e gli consentono di esercitare le sue funzioni*”.

6. Ipotesi di ulteriore formalizzazione del riferimento all'avvocatura nella Costituzione.

Quanto s'è detto sin qui legittima l'interrogativo di partenza e invita alla riflessione sull'opportunità di una maggiore chiarezza e completezza del riferimento costituzionale all'avvocatura.

La proposta di introdurre in Costituzione una norma dedicata all'avvocatura non è nuova nel panorama giuridico italiano e molte sono state le iniziative in tal senso. Qui è bene limitarsi, peraltro, agli approdi parlamentari.

6.1.- Va ricordata, in primo luogo, la proposta di legge costituzionale d'iniziativa dell'On. Pecorella, presentata alla Camera dei deputati il 26 giugno 2009, recante “*Introduzione della sezione I-bis del titolo IV della parte seconda della Costituzione, concernente l'avvocatura*” (AC 2556). Tale proposta aveva il dichiarato scopo di “*colmare una lacuna della Costituzione dando all'avvocatura quella dignità di ruolo che le compete*” (così a p. 2 della Relazione) e mirava per l'appunto a introdurre nel titolo IV (“*La Magistratura*”) della parte seconda della Costituzione, la Sezione I-bis, denominata “*Avvocatura*” e composta da due norme.

La prima, (che avrebbe dovuto diventare un art. 110-bis Cost.) così disponeva:

“*L'avvocatura è un'attività privata, libera ed indipendente. La difesa è funzione essenziale in ogni procedimento giudiziario. L'esercizio della professione forense è incompatibile con lo svolgimento delle funzioni di magistrato. La legge assicura alle parti un'adeguata difesa.*”

La difesa dei non abbienti, a carico dello Stato, è garantita dalle istituzioni dell'avvocatura con le modalità previste dalla legge.

L'avvocatura concorre, con propri rappresentanti, all'amministrazione della giustizia nelle diverse articolazioni”.

La seconda (che avrebbe dovuto diventare un art. 110-ter Cost.) così disponeva:

“*L'esercizio della professione forense è consentito solo agli iscritti agli albi.*”

La legge determina le modalità di accesso e le condizioni di permanenza negli albi.

Il Consiglio nazionale forense, composto ed eletto con le forme previste dalla legge, è organo giurisdizionale in materia disciplinare”.

Detta proposta, comunque, non ha avuto seguito.

6.2.- Occorre poi menzionare il disegno di legge costituzionale (AS 1935), d'iniziativa del senatore Pera, comunicato alla Presidenza del Senato in data 15 dicembre 2009 e recante “*Nuove norme costituzionali sulla magistratura*”.

Benché l'iniziativa riguardasse l'ordinamento della magistratura, nell'articolato proposto trovava spazio anche una norma dedicata all'avvocatura.

L'art. 1 del disegno di legge - rubricato proprio “*Avvocatura*” - disponeva infatti che: “*All'articolo 101 della Costituzione è aggiunto in fine il seguente comma: «L'avvocatura è un'attività privata, libera ed indipendente e svolge una funzione essenziale in ogni procedimento giudiziario»*”.

Nella Relazione, questa parte della proposta era motivata evocando la necessità che “*all'avvocatura, nel suo complesso, come alla magistratura giudicante e alla magistratura requirante nel loro complesso, sia riconosciuta una funzione essenziale nell'amministrazione della giustizia*”. Difatti, “*come la terzietà del giudice implica la sua autonomia come ordine, così la parità delle parti nel processo richiede un esplicito riconoscimento del ruolo dell'avvocatura*” (così a p. 4).

Anche questa proposta non ha avuto seguito.

7. Osservazioni conclusive.

La pur sommaria indagine condotta nelle pagine precedenti induce a concludere nel senso che anche esperienze ordinarie molto diverse hanno purtuttavia in comune una marcata attenzione per il ruolo primario dell'avvocato nel sistema-giustizia. Conseguentemente, sebbene la Costituzione già faccia evidente riferimento all'avvocatura, l'ipotesi di dare al dettato costituzionale una maggiore chiarezza e completezza appare più che ragionevole. In effetti, della *funzione dell'avvocatura* la Costituzione non parla esplicitamente, limitandosi - come detto - a considerare la *professionalità dell'avvocato* come una risorsa cui attingere per la copertura di cariche pubbliche. Sembra perciò opportuno prospettare la possibilità di una novellazione del testo costituzionale, che tenga conto della complessità del ruolo dell'avvocato, per come emerso dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, nel quale si sovrappongono una funzione pubblicisticamente rilevante e un evidente elemento di libertà.

Il *locus* della novella, a tutta prima, parrebbe dover essere l'art. 24 Cost., dal quale già ora, per le ragioni indicate al par. 1, emerge il ruolo dell'avvocato quale garante della protezione dei diritti costituzionali. Nondimeno, poiché quella previsione co-

stituzionale (di icasticità e nitore irripetibili) connota un principio fondamentale che è bene lasciare intatto nell'immediatezza della sua forza prescrittiva, sembra più opportuno intervenire sul corpo dell'art. 111. Come si sa, l'art. 111 Cost. è stato novellato con l. cost. n. 2 del 1999 e si è molto discusso se il suo primo comma, con il riferimento al "giusto processo regolato dalla legge" abbia o meno portata innovativa. La tesi negativa (sostenuta, ad es., da S. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, a cura di M. G. Civinini e C.M. Verardi, Milano, Giuffrè, 2001, 13 ss.; L. LANFRANCHI, "Pregiudizi illuministici" e "giusto processo civile", in AA. VV., *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Torino, Giappichelli, 2001, ora in ID., *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2011, spec. 494; P. FERRUA, *L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Giusto processo)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca - cont. da A. Pizzorusso -, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1987, 90, 102 e *passim*) è la più convincente: già ben prima della l. cost. n. 2 del 1999, infatti, l'espressione "giusto processo" aveva fatto da tempo la sua comparsa (accanto a "giusto procedimento": sent. n. 86 del 1968) nella giurisprudenza costituzionale e - anzi - un paio d'anni prima della novella la Corte non solo aveva affermato espressamente che "del principio del giusto processo" la giurisprudenza costituzionale, "in numerose occasioni, [aveva] definito i profili sulla base delle disposizioni costituzionali che attengono alla disciplina della giurisdizione" (sent. n. 306 del 1997), ma aveva anche ricondotto a quel principio il diritto alla difesa tecnica (ord. n. 421 del 1997). Quella dell'art. 111 Cost., pertanto, appare una sede corretta per un'eventuale novellazione. Quanto ai principi di tale novellazione, dovrebbero essere i seguenti:

- a) sinteticità ed efficacia (le revisioni costituzionali degli ultimi anni, quasi sempre verbosissime, dovrebbero essere intese come esempi negativi);
- b) riconoscimento del ruolo pubblicisticamente rilevante dell'avvocatura, ma nel rispetto della natura libera della professione;
- c) limitazione dell'intervento di revisione alle sole previsioni concernenti strettamente l'avvocatura, tralasciando gli altri profili di funzionamento del sistema-giustizia (la novella dovrebbe mirare a colmare una lacuna, non a pretendere di ripensare *funditus* tutta la disciplina costituzionale della giustizia).

Tali essendo i principi, la legge di revisione costituzionale potrebbe comporsi di un articolo unico, che inserisse all'art. 111, dopo i primi due commi (che riguardano tutti i processi, mentre gli attuali commi 3-5, che ora subito li seguono, sono specificamente dedicati al processo penale) i seguenti:

"Nel processo le parti sono assistite da uno o più avvocati. In casi straordinari, tassativamente previsti dalla legge, è possibile prescindere dal patrocinio dell'avvocato, a condizione che non sia pregiudicata l'effettività della tutela giurisdizionale" (comma 3);

"L'avvocato esercita la propria attività professionale in posizione di libertà e di indipendenza, nel rispetto delle norme di deontologia forense" (comma 4).

"La funzione giurisdizionale sugli illeciti disciplinari dell'avvocato è esercitata da un organo esponenziale della categoria forense, eletto nelle forme e nei modi previsti dalla legge, che determina anche le sue altre attribuzioni. Contro le sue decisioni è ammesso il ricorso per cassazione" (comma 5).

Avv. Prof. Massimo Luciani

Gli statuti delle fondazioni nella Riforma del Terzo Settore

Andrea Fusaro

*Ordinario nell'Università di Genova
Notaio*

Sommario: 1. *Le fondazioni nel CTS.* - 2. *I requisiti statutarî.* - 3. *L'ordinamento interno.* - 4. *Il conseguimento della personalità giuridica.* - 5. *Una particolare nuova tipologia di fondazione: gli Enti Filantropici.* - 6. *Disposizioni transitorie ed entrata in vigore delle nuove norme.* - 7. *Conclusioni.*

1. Le fondazioni nel CTS.

L'impostazione adottata dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 è riconducibile al modello comunemente qualificato a cannocchiale, con alcune varianti. Vi corrisponde l'anticipazione della disciplina dedicata agli ETS in generale (contenuta nel titolo II) rispetto a quella riguardante le singole categorie (titolo V); è ancora allineata la collocazione liminare delle norme rivolte al Volontario e all'attività di Volontariato (titolo III), in quanto eventualità a disposizione di tutti gli ETS; la presenza delle associazioni e fondazioni del Terzo settore nel titolo IV si giustifica in considerazione della circostanza che non vi è calata una categoria autonoma, bensì una serie di regole che "si applicano a tutti gli enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione" (art. 20).

A ciò si aggiunga che l'art. 4, primo comma, annovera bensì associazioni e fondazioni tra gli ETS, ma poi l'art. 46 non vi dedica alcuna sezione autonoma, cosicché si apre l'alternativa ermeneutica, tra intendere smentita quella previsione - dal momento che l'iscrizione nel Registro è costitutiva ai sensi del medesimo primo comma dell'art. 4 -, e ritenere che le associazioni, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società di cui all'art. 4, se titolari di tutti i requisiti per acquisire la qualifica di ETS, si iscriveranno nella sezione di cui alla lett. g) dell'art. 46, dedicata agli "Altri enti del Terzo settore". La seconda lettura si lascia preferire e la ragione alla base di tale omissione dall'elenco è ricostruibile considerando che l'art. 4 presuppone una visione degli ETS divisi tra tipici e atipici: per *odv*, *aps*, enti filantropici, impresa sociale, reti e mutuo soccorso, in quanto ETS tipici, sono previste altrettante sezioni; diversamente fondazioni, associazioni e altri sono considerati atipici (e residuali) e in quanto tali ricadono tutti nella sezione del registro "altri enti del Terzo settore" (1). Occorre, poi, non trascurare l'eventualità che, in fase di decretazione ministeriale attuativa del Registro, siano aggiunte ulteriori sezioni.

2. I requisiti statutarî.

Le fondazioni esistenti sono, quindi, coinvolte dal d. lgs. 117/2017 soltanto se intendono assumere la veste di ETS; la scelta risulta inevitabile per quante rivestano la qualifica di Onlus e aspirino a una condizione equivalente, nell'impossibilità di conservare la veste attuale che, com'è noto, è stata abbandonata dalla riforma, cosicché per conservare prerogative analoghe occorre optare per una delle vesti contemplate.

Altrettanto vale rispetto alla costituzione di nuove, che non risultino testualmente escluse - lo sono le fondazioni bancarie (2) - né siano colpite dalla preclusione sancita dall'art. 4, 2° c., rivolta verso "le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, le for-

mazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro, nonché gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti, ad esclusione dei soggetti operanti nel settore della protezione civile". Circa l'accezione di direzione, coordinamento e controllo sembra inevitabile far capo alle nozioni del codice civile, dettate dagli artt. 2359 e 2497 ss. c.c. (3)

La connotazione della fondazione quale ETS è affidata al duplice requisito dello scopo prefisso e dell'attività svolta: il primo è identificato nel "perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale" (art. 5); il secondo è fatto consistere nell'esercizio - da parte di soggetti diversi dalle imprese sociali (incluse invece le cooperative sociali) - "in via esclusiva o principale" di "una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale".

L'art. 5, primo comma, richiede l'assenza di scopo di lucro: la prescrizione è consueta nella nostra legislazione, ove ricorre anche quando è superflua, riproducendo una caratteristica intrinseca agli enti in questione; qui essa trova menzione a fianco della destinazione del patrimonio, in virtù della comune previsione (4). Quale realizzazione di tale precetto è presentato il divieto - anch'esso tanto abituale quanto ovvio - della "distribuzione, anche indiretta, di utili e avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominate a fondatori, associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di ogni altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto associativo" (secondo comma). Al terzo comma sono indicate le ipotesi di "distribuzione indiretta di utili", recuperando le indicazioni dettate da previgenti norme riguardanti enti non profit. In conformità alla tradizione, a tale prescrizione è abbinata quella relativa alla devoluzione del patrimonio in caso di scioglimento (5).

Gli statuti andranno conseguentemente adeguati attraverso la riproduzione di tali previsioni, in ossequio alla prassi consolidata degli Uffici fiscali - maturata a margine dell'applicazione della disciplina tributaria previgente - di pretendere la presenza testuale di quelle formule negli statuti (6).

Sono considerate di interesse generale, se "svolte in conformità alle norme particolari che ne disciplinano l'esercizio", le attività indicate al primo comma dell'art. 5, attraverso un elenco solo in parte coincidente con quello dell'impresa sociale (7). Come emerge dalla spunta delle singole categorie, ciascuna accompagnata dal riferimento normativo pertinente, l'ambito è molto ampio e composito (8). A fianco di queste ne sono consentite altre (art. 6), alla duplice condizione che "l'atto costitutivo o lo statuto lo consentano" e "siano secondarie e strumentali rispetto alle attività di interesse generale", secondo criteri e limiti definiti con decreto ministeriale, in attesa di adozione (9). E' separatamente contemplata la raccolta fondi (10).

Nello statuto occorrerà, quindi, indicare attività coincidenti, o almeno compatibili, con tali prescrizioni.

3. L'ordinamento interno.

Per la disciplina dell'ordinamento interno occorre far capo al titolo quarto del d. lgs. 117/2017, dedicato alle associazioni e fondazioni del terzo settore, applicabile a "tutti gli enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione" (art. 20).

La previsione relativa ad atto costitutivo e statuto (art. 21) ricalca la corrispondente del codice civile (art. 16, 1° c.), con minime variazioni; come quella, essa coinvolge insieme associa-

zioni e fondazioni, dettando regole ora comuni ora separate, cui ovviamente occorre far capo.

Con scelta da lungo attesa nella pratica, viene quantificato il patrimonio minimo per il conseguimento della personalità giuridica (11); per le fondazioni è indicato in "una somma liquida e disponibile" non inferiore a 30.000 euro (12). Se costituito da beni diversi dal denaro, "il loro valore deve risultare da una relazione giurata, allegata all'atto costitutivo, di un revisore legale o di una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro" (art. 22, 4° comma). Non è stata recepita la prassi amministrativa diffusa di richiedere l'imputazione del patrimonio, scorporando la parte disponibile da quella indisponibile, etichettandole rispettivamente fondo di dotazione e di gestione (13): l'omissione è suscettibile di essere intesa quale delegittimazione della pretesa, non solo rispetto agli ETS, ma alle fondazioni di diritto comune, qualora si acconsenta all'irradiazione da parte della riforma di indicazioni ermeneutiche sul codice civile.

E' sorto l'interrogativo circa la facoltà per le fondazioni preesistenti, dotate in misura superiore ai nuovi limiti minimi di legge, di restituire le eccedenze: la risposta negativa (14) è coerente con la visione classica della fondazione che la vuole patrimonio autonomo, ricchezza dotata di soggettività (15); a esito opposto potrebbe giungersi qualora la riflessione a margine della riforma restituisca vigore alla proposta, già avanzata in passato, incline a privilegiare il ruolo dell'organizzazione, allentando i vincoli sulla dotazione patrimoniale, relegata alla strumentalità rispetto al perseguimento dello scopo, in modo da sottoporla al vaglio di proporzionalità, con l'esito di consentire la liberazione della parte esuberante (16).

Degli artt. 23 ss. alcuni riguardano indifferentemente associazioni e fondazioni, altri solo le seconde, altri ancora soltanto le prime; parte di questi ultimi sono richiamati per le fondazioni di partecipazione, identificate come quelle "il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo". E' richiamato il procedimento di ammissione (art. 23, 4° c.). La disciplina del voto in assemblea, a fianco dell'accoglimento di tesi dottrinali consolidate (17) (quale il criterio "una testa un voto"), esibisce l'estensione - derogabile dallo statuto - delle regole vigenti per le cooperative, che legittimano i soli iscritti da almeno un trimestre, restringono la rappresentanza assembleare, ammettono le assemblee separate nelle organizzazioni di maggiori dimensioni (art. 24, 4° c.), legittimando modalità di svolgimento dei lavori - audio e video conferenza - consueti in ambito societario. Di tali aperture è coerente l'estensione alle fondazioni di partecipazione (art. 24, 5° c.) (18).

E' ampia la delega all'autonomia statutaria di quest'ultima specie di fondazioni (19), il cui statuto può attribuire "all'organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, di cui preveda la costituzione" la competenza a deliberare su uno o più degli oggetti assegnati all'assemblea della associazioni (20), "nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione e nel rispetto della volontà del fondatore" (art. 25, c. 3).

Ulteriore omaggio alla concezione corporativa - che, notoriamente, postula un organo esecutivo titolare di poteri originari e non derivati dalla nomina (21) - coincide con l'indicazione di amministratori, che nelle fondazioni sono affidatari di competenze più ampie rispetto a quelli delle associazioni (22), nella tendenziale assenza dell'assemblea. Il testuale riferimento all'organo di amministrazione sembra mantenere aperta l'alternativa tra consiglio e amministratore unico, difettando la preclusione recentemente inserita per le cooperative (23).

L'art. 26, 8° c., richiama l'art. 2382 c.c. - dedicato alle cause di ineleggibilità e decadenza-, nonché i commi 3, 6 e 7 del medesimo art. 26, relativi all'adozione quali requisiti di onorabilità delle prescrizioni dettate da codici di settore (art. 26, 3° c.), la rappresentatività di singole categorie (4° c.) e la possibile riserva della nomina di alcuni amministratori- purché in minoranza- a favore di lavoratori o utenti (5° c.) (24). Agli statuti sono, quindi, demandate le corrispondenti opzioni.

L'impiego del termine "delibere" da parte del nuovo art. 42-bis c.c. ha generato l'interrogativo circa la competenza del consiglio di amministrazione, o addirittura del fondatore a deliberare le operazioni straordinarie, e l'inquadramento dell'art. 28 c.c. - quanto alla riserva all'autorità governativa - norma residuale applicabile ai soli casi in cui l'organo competente abbia manifestato l'intenzione di non procedere a norma dell'art. 42-bis c.c. (25).

Nelle fondazioni prive di assemblea all'assenza di meccanismi rivolti al rinnovo degli amministratori si è variamente ovviato affidandone la designazione ai titolari di cariche istituzionali (il Sindaco, il Vescovo, etc.) o prevedendo la cooptazione. E' evidente la rigidità di questo profilo che asseconda l'aspirazione alla privatezza della fondazione, affidandola per sempre al programma concepito dal suo fondatore, impresso nello statuto. Caratteristiche che hanno determinato un allontanamento dalla figura, per decenni appannaggio - come si diceva - esclusivamente di qualche testatore desideroso di proteggere il proprio nome dall'oblio del tempo.

In continuità con la linea tracciata, si intreccia l'ossequio alla tradizione con il richiamo di norme societarie, dettate sia per le lucrative, sia per le cooperative (art. 26, 2° e 3° c.).

In linea con la prassi statutaria, sembra doverosa la menzione della tenuta e conservazione delle scritture contabili, in conformità all'art. 87, e della redazione del bilancio che è imposta a tutti gli ETS (art. 13, 1° c.). La dottrina notarile ha già formulato puntuali indicazioni circa le principali modifiche da apportare agli statuti - anche delle fondazioni- per annoverarli tra gli enti del Terzo settore (26).

4. Il conseguimento della personalità giuridica.

Per il conseguimento della personalità giuridica è disciplinato (art. 22) un procedimento opzionale - facente capo all'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore -, ulteriore rispetto a quello vigente, disciplinato dal d. p. r. 361/2000, che quindi permane.

L'iter per l'iscrizione presso il registro del terzo settore replica quello che fu introdotto per il deposito nel registro imprese delle società di capitali nel 2000- ed è stato fatto proprio dalla riforma del 2003-, che è ugualmente incentrato sul notaio. Il suo intervento qui è sottinteso per l'atto costitutivo - almeno in vista dell'iscrizione presso il Registro del Terzo settore - ed è espressamente richiesto per le modifiche statutarie (art. 22, 6° c.).

Si constata, tuttavia, un'ibridazione tra ciò che in quella sede è previsto per la costituzione e quanto è indicato per le modifiche statutarie (27). Il modello normativo di riferimento è certamente quello vigente per le società di capitali, ma il regime approntato per i verbali delle delibere portanti modifiche statutarie qui è stato riferito agli atti costitutivi, verso i quali l'intervento notarile si atteggia assai diversamente: il notaio è tenuto a registrare comunque l'andamento dei lavori assembleari e la volontà formatasi, salvo poi non dar corso al deposito del verbale qualora ritenga ostino ragioni di legittimità; al contrario il pubblico ufficiale può e deve rifiutarsi di ricevere un atto costitutivo viziato. Nella prima congiuntura il con-

trollo di legalità è successivo, nella seconda preventivo. A conforto della ragionevolezza del disegno si è considerata l'eventuale richiesta di iscrizione nel registro formulata al notaio successivamente al ricevimento dell'atto: essa sarebbe plausibile in ragione del carattere facoltativo dell'acquisto della personalità giuridica e sarebbe pure legittima, dal momento che ogni ETS è imprescindibile uno statuto adeguato (a cominciare dalla denominazione, come s'è visto da uniformare al precetto legale), ma non un capitale minimo, la cui sussistenza è forse suscettibile di certificazione successiva. Ancora ricalcata sul precedente societario è la disposizione che collega l'efficacia delle modifiche statutarie alla pubblicità delle delibere (art. 22, 6° c.).

5. Una particolare nuova tipologia di fondazione: gli Enti Filantropici.

Ai sensi dell'art. 37 gli enti filantropici - costituiti al fine di erogare denaro, beni o servizi, anche di investimento, a sostegno di categorie di persone svantaggiate o di attività di interesse generale - possono essere anche in forma di fondazione.

Sono prescritti requisiti statuari in ordina alla denominazione -che deve contenere la corrispondente indicazione, anche in acronimo (art. 37, 2° c.) -, nonché circa l'indicazione dei "principi ai quali essi devono attenersi in merito alla gestione del patrimonio, alla raccolta di fondi e risorse in genere, alla destinazione, alle modalità di erogazione di denaro, beni o servizi e alle attività di investimento a sostegno degli enti di Terzo settore". Il loro bilancio sociale deve contenere l'elenco e gli importi delle erogazioni deliberate ed effettuate nel corso dell'esercizio, con l'indicazione dei beneficiari diversi dalle persone fisiche.

6. Disposizioni transitorie ed entrata in vigore delle nuove norme.

Dal 3 agosto 2017 sono in vigore le regole civilistiche della riforma (art.104), mentre per quelle pubblicistiche è fatto riferimento all'adozione dei rispettivi provvedimenti ministeriali o regionali e l'operatività del Registro Unico del Terzo Settore. E' confermata l'applicazione delle norme previgenti ai fini e per gli effetti derivanti dall'iscrizione degli enti nei Registri Onlus, Organizzazioni di Volontariato, Associazioni di promozione sociale e Imprese sociali che si adeguano alle disposizioni del decreto legislativo in esame, nel termine di diciotto mesi dalla data della sua entrata in vigore; il requisito dell'iscrizione al Registro del Terzo settore si intende soddisfatto l'iscrizione a uno dei registri attualmente previsti dalle normative di settore(art.101, 2° c.).

Si è discusso circa l'applicazione immediata del CTS rispetto agli enti di nuova costituzione, considerando che, se l'art. 4 primo comma affida la qualifica di ETS ai due requisiti rispettivamente funzionale (scopo nonché attività dell'ente) e pubblicitario (l'iscrizione nel Registro unico nazionale del terzo settore), il problema di diritto intertemporale è sollevato dall'art. 53 CTS, che concede diciotto mesi per l'attuazione del Registro. Al riguardo sono state rappresentate sia la posizione che rinvia all'istituzione del Registro unico nazionale, escludendo quindi che nel frattempo si possano costituire ETS, e quella che ritiene le norme transitorie citate afferire al solo regime pubblicitario, stabilendo la sopravvivenza, dei "vecchi" registri ai solo fini di temporanea supplenza pubblicitaria, di talché sarebbe possibile costituire Enti cui si applica la disciplina organizzativa del Codice del Terzo Settore. A sostegno di quest'ultima lettura sono stati spesi argomenti persuasivi (28).

La Direzione Generale del Terzo settore e della responsabilità sociale delle imprese (29) ha fornito prime indicazioni (30), confermando che “le iscrizioni agli attuali registri (a titolo meramente esemplificativo, ai registri regionali del volontariato) continueranno ad essere regolate dalle norme procedurali in essere: in sede di verifica della sussistenza dei requisiti richiesti per l’iscrizione, dovrà essere operata una necessaria distinzione tra gli enti che si sono costituiti prima della data di entrata in vigore del d.lgs. n.117/2017 e quelli che si sono costituiti a partire dal 3.8.2017”. Nel primo caso, “la verifica dovrà essere condotta sulla base della normativa vigente al momento della costituzione dell’organizzazione: qualora dovesse essere riscontrata una corrispondenza solo parziale delle disposizioni statutarie con le norme del codice, tale disallineamento non potrà *ex se* costituire motivo di rigetto della domanda di iscrizione, dovendosi tenere presente che gli enti hanno a disposizione il termine di 18 mesi per apportare le conseguenti modifiche al proprio statuto”. Per contro, “gli enti che si sono costituiti a partire dal 3 agosto 2017 sono tenuti a conformarsi *ab origine* alle disposizioni codicistiche, purché queste siano applicabili in via diretta ed immediata” (31). Sino all’attuazione del Registro non saranno effettivi gli obblighi di pubblicare sul registro gli atti e gli elementi informativi dell’articolo 48 e sarà inattuabile la procedura semplificata di acquisizione della personalità giuridica dell’articolo 22, ma i limiti patrimoniali sono indicati già operanti come parametri di riferimento; da subito sono applicabili le norme afferenti ai requisiti sostanziali degli enti del Terzo settore (32), e l’articolo 14, comma 2 (33). Poiché la qualificazione giuridica di ente del Terzo settore, discende, tra l’altro, dall’iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore (articolo 4, comma 1 del codice), “l’acronimo ETS, anche se previsto nella denominazione sociale, non sarà spendibile nei rapporti con i terzi, negli atti, nella corrispondenza e nelle comunicazioni con il pubblico”.

7. Conclusioni.

La riforma del Terzo settore presenta molte singolarità: interviene sulle leggi speciali, ma viene a interferire sul profilo degli enti del libro primo del codice civile, pur avendo rinunciato a esercitare la delega corrispondente; tendenzialmente si modella sugli schemi consolidati di associazioni e fondazioni, tuttavia inserisce varianti ora corrispondenti alle acquisizioni della prassi, ora stravaganti. Tra le prime la menzione dell’eventuale presenza di assemblea nella fondazione, ove emerge il riguardo verso quell’evoluzione della *governance* integrata nel modello della fondazione di partecipazione, che per l’innanzi poteva appoggiarsi esclusivamente alla previsione legislativa riguardante le fondazioni bancarie; per contro, sorprende il mancato richiamo dell’articolazione del patrimonio nei fondi di dotazione e di gestione.

In tema di statuti degli ETS la riforma mostra scelte ora allineate alla sedimentazione normativa maturata a margine dei modelli offerti dal codice civile e dalla leggi speciali del Terzo settore, ora innovative. Competerà agli interpreti sistemare il nuovo scenario, riconciliando le innovazioni con il quadro e soltanto a esito del consolidamento di linee interpretative condivise potrà trarsi un bilancio in termini di assimilazione oppure di rigetto, di esaltazione delle portate innovative di alcune indicazioni, oppure del loro riassorbimento nella tradizione.

Note:

(1) G. Ponzanelli, *Enti del Terzo Settore: la categoria*, pensa, tra gli altri, a enti che svolgono attività economica in modo stabile nei settori dell’art.

5 - che ben possono farlo in quanto ETS - ma per i quali è prevista una fiscalità agevolata se assumono la qualifica di impresa sociale.

(2) Dall’art. 3, quarto comma: “Salvo quanto previsto dal Capo II del Titolo VIII, le disposizioni del presente Codice non si applicano agli enti di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153”.

(3) M. Ceolin, *Il c.d. Codice del Terzo Settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117): un’occasione mancata?* in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1/2018, p.12.

(4) Per cui “Il patrimonio degli enti del Terzo settore, comprensivo di eventuali ricavi, rendite, proventi, entrate comunque denominate è utilizzato per lo svolgimento dell’attività statutaria ai fini dell’esclusivo perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale” (art. 8).

(5) Si indica che “in caso di estinzione o scioglimento, il patrimonio residuo è devoluto, previo parere positivo dell’Ufficio di cui all’articolo 45, comma 1, e salva diversa destinazione imposta dalla legge, ad altri enti del Terzo settore secondo le disposizioni statutarie o dell’organo sociale competente o, in mancanza, alla Fondazione Italia Sociale. Il parere è reso entro trenta giorni dalla data di ricezione della richiesta che l’ente interessato è tenuto a inoltrare al predetto Ufficio con raccomandata a/r o secondo le disposizioni previste dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, decorsi i quali il parere si intende reso positivamente. Gli atti di devoluzione del patrimonio residuo compiuti in assenza o in difformità dal parere sono nulli” (art. 9). E’ collegata al divieto del lucro soggettivo la previsione - nel Codice sistemata più avanti - relativa alla presenza di dipendenti e al loro trattamento economico e normativo, garantito “non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di cui all’articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81”. All’evidente fine di limitare i privilegi si esclude che la differenza retributiva tra lavoratori dipendenti possa essere “superiore al rapporto uno a otto, da calcolarsi sulla base della retribuzione annua lorda” (art. 16).

(6) Preziose indicazioni sono offerte da N. Riccardelli, *Gli adeguamenti statuari degli Enti del Terzo settore*, nel numero 1/2018 in *Terzo settore, non profit e cooperative*, pp. 6 ss.

(7) Art.2 d.lgs.3 luglio 2017, nell’ambito “delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale di cui all’articolo 1, comma 1, della legge 6 giugno 2016, n. 106, nonché delle finalità e dei principi di cui agli articoli 1 e 2 del presente Codice”, tramite regolamento “da adottarsi ai sensi dell’articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza Unificata, acquisito il parere delle Commissioni parlamentari competenti”.

(8) “a) interventi e servizi sociali; b) interventi e prestazioni sanitarie; c) prestazioni socio-sanitarie; d) educazione, istruzione e formazione professionale; e) interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell’ambiente e all’utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, con alcune esclusioni; f) interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio; g) formazione universitaria e post-universitaria; h) ricerca scientifica di particolare interesse sociale; i) organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, con alcune estensioni; j) radiodiffusione sonora a carattere comunitario; k) organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso; l) formazione extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica e al successo scolastico e formativo, alla prevenzione del bullismo e al contrasto della povertà educativa; m) servizi strumentali ad enti del Terzo settore resi da enti composti in misura non inferiore al settanta per cento da enti del Terzo settore; n) cooperazione allo sviluppo; o) attività commerciali, produttive, di educazione e informazione, di promozione, di rappresentanza, di concessione in licenza di marchi di certificazione, svolte nell’ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale; p) servizi finalizzati all’inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro dei lavoratori; q) alloggio sociale; r) accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti; s) agricoltura sociale; t) organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche; u) beneficenza, sostegno a distanza, cessione gratuita di alimenti o prodotti specificati; v) promozione della cultura della legalità, della pace tra i popoli, della nonviolenza e della difesa non armata;

w) promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e politici, nonché dei diritti dei consumatori e degli utenti delle attività di interesse generale di cui al presente articolo, promozione delle pari opportunità e delle iniziative di aiuto reciproco; x) cura di procedure di adozione internazionale; y) protezione civile; z) riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata” (art. 5, 1° c.).

(9) Precisamente con decreto “del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, da adottarsi ai sensi dell’articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sentita la Cabina di regia di cui all’articolo 97, tenendo conto dell’insieme delle risorse, anche volontarie e gratuite, impiegate in tali attività in rapporto all’insieme delle risorse, anche volontarie e gratuite, impiegate nelle attività di interesse generale”.

(10) Per tale intendendo “il complesso delle attività ed iniziative poste in essere da un ente del Terzo settore al fine di finanziare le proprie attività di interesse generale, anche attraverso la richiesta a terzi di lasciti, donazioni e contributi di natura non corrispettiva” (art. 7). Agli ETS è consentito inoltre condurre “attività di raccolta fondi anche in forma organizzata e continuativa, anche mediante sollecitazione al pubblico o attraverso la cessione o erogazione di beni o servizi di modico valore, impiegando risorse proprie e di terzi, inclusi volontari e dipendenti, nel rispetto dei principi di verità, trasparenza e correttezza nei rapporti con i sostenitori e il pubblico, in conformità a linee guida adottate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentiti la Cabina di regia di cui all’articolo 97 e il Consiglio nazionale del Terzo settore” (art. 7, 2° comma).

(11) Se costituito da beni diversi dal denaro, “il loro valore deve risultare da una relazione giurata, allegata all’atto costitutivo, di un revisore legale o di una società di revisione legale iscritti nell’apposito registro” (art. 22, 4° comma).

(12) La tutela dell’integrità del patrimonio è presidiata anche durante la vita dell’ente, tramite regole mutuare dal modello societario, disponendo che quando risulta che quello minimo di cui al comma 4 “è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, l’organo di amministrazione, e nel caso di sua inerzia, l’organo di controllo, ove nominato, devono senza indugio, in un’associazione, convocare l’assemblea per deliberare, ed in una fondazione deliberare la ricostituzione del patrimonio minimo oppure la trasformazione, la prosecuzione dell’attività in forma di associazione non riconosciuta, la fusione o lo scioglimento dell’ente” (art. 22, 5° c.).

(13) La Prefettura di Milano consta aver da tempo consolidato questo indirizzo.

(14) Come sostenuto da N. Riccardelli, *Gli adeguamenti statutari degli Enti del Terzo settore*, cit. nella nota 16.

(15) Ne ho offerto sintesi in A. Fusaro, *Fondazione*, voce del *Digesto IV, Disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1992.

(16) Avevo coltivato questa prospettiva in *Trasformazione da e in fondazione di partecipazione*, Coll. Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, suppl. al n.2/2007, p. 45 ss.; nonché in *La fondazione tra modello tradizionale e modello partecipativo quale strumento per la tutela delle categorie svantaggiate*, in *Vita Not.*, 2011, n. 2, p. 1089 ss.

(17) Il riferimento è diretto alle celebri pagine di F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, I ed., 1969, II ed., 2006.

(18) La “fondazione di partecipazione” si caratterizza per il coinvolgimento dei soggetti finanziatori nel governo dell’ente; solitamente ciò comporta la previsione, accanto all’organo amministrativo, di uno assembleare, realizzando quindi una contaminazione cospicua - ancorché ormai legittimata dalla prassi - tra fondazione e associazione. All’inversione di rotta non sembra estranea la riscoperta di questa forma da parte del legislatore in sede di disciplina delle operazioni di ristrutturazione degli enti creditizi (d.l.vo 356/1990). Le c.d. fondazioni bancarie (del d.l.vo 153/1999) non solo hanno testimoniato un recupero dell’istituto, ma ne hanno proposto una fisionomia innovata sotto molti profili, tra cui appunto la “governance”, prevedendo distinti organi per le funzioni di indirizzo, amministrazione e controllo. Al primo, investito della determinazione dei

programmi, sono attribuite le competenze negli enti associativi demandate all’assemblea (modifica dello statuto e dei regolamenti, nomina dei titolari delle cariche sociali; approvazione del bilancio). La prassi ha colto questa apertura e l’ha ampiamente utilizzata, tanto che ormai la previsione di organi assembleari negli statuti delle fondazioni è divenuta consuetudine, con il benessere della dottrina, che parla al riguardo di “forme miste” tra associazioni e fondazioni e rimarca soltanto l’indisponibilità dello scopo da parte dell’assemblea, quale connotato essenziale del tipo. Talora lo statuto prevede l’assemblea quale organo composto dei soli soci fondatori, e non le attribuisce espressamente alcuna competenza cosicché, al netto di quelle demandate al consiglio di amministrazione, dovrebbe residuarle la nomina dei consiglieri (ma non dei membri del Collegio dei Revisori). Sono, inoltre, previsti soci onorari e benemeriti di cui occorre disciplinare il procedimento di ammissione, ed individuarne il ruolo.

(19) “Lo statuto delle fondazioni del Terzo settore può attribuire all’organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, di cui preveda la costituzione la competenza a deliberare su uno o più degli oggetti di cui al comma 1, nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell’ente quale fondazione e nel rispetto della volontà del fondatore” (art. 25, comma 3).

(20) Queste le materie: la nomina e revoca dei componenti degli organi sociali, nonché del soggetto incaricato della revisione legale dei conti; l’approvazione del bilancio; l’azione di responsabilità verso i componenti degli organi sociali; l’esclusione degli associati; le modificazioni dello statuto; l’eventuale regolamento dei lavori assembleari; lo scioglimento, la trasformazione, la fusione o la scissione dell’associazione.”

(21) Doveroso il rinvio a F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, I ed., 1969, II ed., 2006.

(22) In proposito si rinvia a L. De Angelis, *Il CdA delle associazioni: le nuove regole per nomina ed attribuzioni*, nel numero 1/2018 di questa rivista, p. 26 ss.

(23) Il riferimento è, ovviamente, diretto all’art. 1, comma 936, lettera b), legge di Bilancio 2018, che ha modificato l’art. 2542 c.c., disponendo che l’amministrazione debba essere «affidata ad un organo collegiale formato da almeno tre soggetti» che potranno assumere la gestione della cooperativa per un periodo non superiore a tre esercizi.

(24) I richiami all’articolo 2382 c. c., nonché ai commi 3, 6 e 7 dell’art. 26 determinano rispettivamente: l’estensione delle cause di ineligibilità degli amministratori dettate per le s.p.a.; la facoltà per gli statuti di “subordinare l’assunzione della carica di amministratore al possesso di specifici requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di rappresentanza o reti associative del Terzo settore”; l’obbligo per gli amministratori, entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina, di “chiederne l’iscrizione nel Registro unico nazionale del terzo settore, indicando per ciascuno di essi il nome, il cognome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza, nonché a quali di essi è attribuita la rappresentanza dell’ente, precisando se disgiuntamente o congiuntamente”; il carattere generale del potere di rappresentanza attribuito agli amministratori e l’inopponibilità delle limitazioni non iscritte nel Registro unico nazionale del Terzo settore, in assenza di prova che i terzi ne erano a conoscenza”. Inoltre nelle fondazioni di partecipazione “possono trovare applicazione, in quanto compatibili, i commi 4 e 5”, relativi alla possibilità di prevedere che “uno o più amministratori siano scelti tra gli appartenenti alle diverse categorie di associati”; inoltre, che la nomina di uno o più amministratori sia attribuita “ad enti del Terzo settore o senza scopo di lucro, ad enti di cui all’articolo 4, comma 3, o a lavoratori o utenti dell’ente”, fermo restando che la nomina della maggioranza degli amministratori sia riservata all’assemblea, “salvo quanto previsto dall’articolo 25, comma 2”.

(25) G. Petrelli, *Riforma del terzo settore*, in www.gaetanopetrelli.it, secondo cui mentre si ritiene che nel procedimento regolato dagli artt. 2500-octies ult. comma, nonché 28, c.c., non cambi lo scopo della fondazione, ovvero - tenuto conto anche del caso della fusione - sia possibile variarlo, purché esso rimanga non lucrativo, ciò sarebbe consentito

con la procedura dell'art. 42-bis: se è così, verrebbe meno quello che era ritenuto da più parti un limite ordinamentale per le fondazioni, nel senso che lo statuto potrebbe riservare anche al fondatore la modifica dello scopo, fermo restando il divieto di autodestinazione.

(26) Quello “degli enti del Terzo settore con ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate inferiori a 220.000,00 euro può essere redatto nella forma del rendiconto finanziario per cassa” (2' comma). In ogni caso occorre rispettare la “modulistica definita con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentito il consiglio nazionale del terzo settore” (3' comma). La tenuta delle scritture contabili, ai sensi dell'articolo 2214 cod. civ., è prescritta ai soli ETS “che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale” (4' comma), laddove “l'organo di amministrazione documenta il carattere secondario e strumentale dell'attività di cui all'articolo 6 nella relazione al bilancio o nella relazione di missione” (6' comma); essi sono inoltre obbligati a depositare presso il Registro delle imprese “il bilancio di esercizio redatto, a seconda dei casi, ai sensi degli articoli 2423 e seguenti, 2435-bis o 2435-ter del codice civile” (5' comma). Tra le informazioni obbligatorie da rendere nei bilanci figura quella relativa al rispetto della previsione riguardante le retribuzioni dei dipendenti (art. 16, 3' inciso). Oltre al bilancio ordinario, agli ETS con ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate superiori a un milione di euro è imposta la redazione di quello sociale “redatto secondo linee guida adottate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentiti la Cabina di regia di cui all'articolo 97 e il Consiglio nazionale del Terzo settore, e tenendo conto, tra gli altri elementi, della natura dell'attività esercitata e delle dimensioni dell'ente, anche ai fini della valutazione dell'impatto sociale delle attività svolte”; esso deve venire depositato presso il registro unico nazionale del Terzo settore e pubblicato nel proprio sito internet (art. 14, 1' comma). Inoltre gli ETS con “ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate superiori a centomila euro annui” devono “pubblicare annualmente e tenere aggiornati nel proprio sito internet, o nel sito internet della rete associativa di cui all'articolo 41 cui aderiscano, gli eventuali emolumenti, compensi o corrispettivi a qualsiasi titolo attribuiti ai componenti degli organi di amministrazione e controllo, ai dirigenti nonché agli associati” (2' comma). In aggiunta alle scritture contabili, agli ETS è imposta la tenuta di libri sociali (art. 15).

(27) Si rinvia ancora a N. Riccardelli, *Gli adeguamenti statutari degli Enti del Terzo settore*, cit., nonché a M. Cavanna, *Il nuovo Codice del Terzo settore: prime considerazioni critiche*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2017, -2, pp. 8 ss.

(28) Al pubblico ufficiale- che ha ricevuto l'atto costitutivo di una associazione o di una fondazione del Terzo settore, o la pubblicazione di un testamento con il quale si dispone una fondazione del Terzo settore- l'art. 22 affida la verifica “delle condizioni previste dalla legge per la costituzione dell'ente, ed in particolare dalle disposizioni del presente Codice con riferimento alla sua natura di ente del Terzo settore, nonché del patrimonio minimo di cui al comma 4”, al fine di “depositarlo, con i relativi allegati, entro venti giorni presso il competente ufficio del registro unico nazionale del Terzo settore, richiedendo l'iscrizione dell'ente”. L'ufficio del Registro unico nazionale del Terzo settore, verificata la regolarità formale della documentazione, iscrive l'ente nel registro stesso (art. 22, 2' comma). Il notaio che non ritenga sussistenti le condizioni per la costituzione dell'ente, o il patrimonio minimo, “ne dà comunicazione motivata, tempestivamente e comunque non oltre il termine di trenta giorni, ai fondatori, o agli amministratori dell'ente”. Questi ultimi o, in mancanza, ciascun associato, nei trenta giorni successivi al ricevimento della comunicazione del notaio, possono domandare all'ufficio competente di disporre l'iscrizione nel Registro unico nazionale del Terzo settore. Se nel termine di sessanta giorni dalla presentazione della domanda l'ufficio del registro non comunica ai richiedenti il motivato diniego,

ovvero non chiede di integrare la documentazione o non provvede all'iscrizione, questa si intende negata” (art. 22, 2' comma).

(29) “a) se il differimento infatti riguardasse anche la disciplina organizzativa, non sarebbe facilmente comprensibile la disposizione del comma secondo dell'art. 101 che prevede la necessità di adeguamento degli statuti “alle disposizioni del presente decreto entro diciotto mesi dalla sua entrata in vigore”, cioè entro lo stesso termine concesso per implementare il registro unico nazionale del terzo settore; b) la presenza di una norma agevolativa sul piano organizzativo (come avvenuto all'epoca della riforma del diritto societario), che consente di modificare gli statuti “con le modalità e le maggioranze previste per le deliberazioni dell'assemblea ordinaria”, quindi con quozienti ridotti e – direi – senza necessità di assistenza notarile; c) una lettura costituzionalmente orientata (principio di parità di trattamento ex art. 3 Cost.): non si spiegherebbe l'impossibilità per gli enti di nuova costituzione di accedere subito alle provvidenze concesse dalla nuova normativa, che si occupa solo degli enti preesistenti (art. 101) all'entrata in vigore del Codice”: M. Maltoni, *La disciplina delle associazioni e delle fondazioni del Terzo settore: regole di governance e profili statutari*, relazione presentata al convegno “La riforma del Terzo Settore Legge n. 106/2016 e decreti attuativi”, organizzato da Paradigma a Milano il 24 e 25 ottobre 2017, il quale ricorda che ciò accadde quando si passò dalla pubblicità presso la cancelleria dei Tribunali al Registro delle Imprese (disciplina transitoria durata 50 anni).

(30) Nella lettera direttoriale “Codice del Terzo settore. Questioni di diritto transitorio. Prime indicazioni” del 29 dicembre 2017, partenza prot. n. 34/0012604 del 29/12/2017. La lettera è stata inviata alle Regioni, alle Province autonome, al Forum Nazionale del Terzo Settore, al CSV Net e alla Consulta dei Comitati di Gestione.

(31) Riguardanti la definizione di Ente del Terzo settore, le norme organizzative degli Enti medesimi, la disciplina del volontariato, il regime fiscale, il sistema del registro unico nazionale del Terzo settore, il nuovo sistema di governance dei Centri di Servizio per il Volontariato (CSV)

(32) Per individuare le norme che presentano tali caratteristiche, “si deve ritenere che nel periodo transitorio non sono suscettibili di immediata applicazione le norme del codice del Terzo settore che presentano un nesso di diretta riconducibilità all'istituzione ed all'operatività del registro unico nazionale, ovvero all'adozione di successivi provvedimenti attuativi”.

(33) “... si fa in particolare riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 32 e 35 del codice, dedicate, rispettivamente alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale, ove sono da ritenersi già cogenti le prescrizioni attinenti al numero minimo di soggetti (siano essi persone fisiche o soggetti superindividuali) e alla forma giuridica necessari ai fini della costituzione di un'organizzazione di volontariato o di un'associazione di promozione sociale. In questo caso, poiché si tratta di elementi imm modificabili, che conformano ab initio un ente, essi devono essere presenti sin dal momento iniziale di costituzione dell'ente, ove, beninteso, questa sia avvenuta dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 117/2017. Indipendentemente dal relativo deposito presso il registro unico nazionale, tutti gli enti del Terzo settore sono tenuti alla redazione del bilancio di esercizio, nelle forme di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 13: l'attuale mancanza della modulistica, da definirsi con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, non esonera gli enti da tale adempimento, traducendosi detta mancanza esclusivamente nell'eterogeneità dei documenti contabili in questione.”

(34) Circa l'obbligo di pubblicazione annuale sul proprio sito internet degli emolumenti, compensi o corrispettivi, a qualsiasi titolo attribuiti dagli enti del Terzo settore ai componenti degli organi di amministrazione e controllo, ai dirigenti ed ai propri associati: “... essa, peraltro, in considerazione del riferimento temporale annuale ivi contenuto, dovrà cominciare a trovare attuazione a partire dal 1° gennaio 2019, con riferimento alle attribuzioni disposte nel 2018, cioè nel primo anno successivo all'entrata in vigore della norma in esame”.

Timeo danaos et dona ferentes: radici antropologiche della donazione tra diritto e mito.

Marcello Castiglione

Magistrato Corte d'Appello di Genova

Sommario: 1. Lo spirito della donazione. – 2. Cose e persone. – 3. L'anima primitiva. – 4. Le cose potenti. – 5. La donazione mistica. – 6. Doni funesti. – 7. Riti di accoglienza e di aggregazione. – 8. Il potlac: prestigio ed onore. – 9. Sopravvivenze.

Dare denaro in prestito e prendere degli interessi è contro il bene comune; l'usura produce enormi rincari, è opera del demonio e del suo governo.

Teofrasto di Hohenheim, detto Paracelso (De ordine doni)

Intanto Arete portava fuori per l'ospite dalla stanza una cassa bellissima: vi metteva dentro i doni, le vesti e l'oro che gli avevano dato i Feaci.

Omero (Odissea)

... chi aveva proprietà e sostanze le vendeva e ne faceva parte a tutti, secondo il bisogno di ciascuno.

Luca (Atti degli Apostoli)

1. Lo spirito della donazione.

La donazione – secondo la definizione contenuta nell'art.769 c.c. – è il contratto (1) col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione.(2) E' quindi un contratto *sui generis*, caratterizzato dalla presenza dello spirito di liberalità. Interessa osservare che nei sistemi giuridici moderni – come nel nostro Codice Civile - la donazione è considerata soltanto un atto di liberalità *senza* particolari implicazioni e connotazioni. Non interessa al diritto il motivo o movente della liberalità, ma soltanto che l'attribuzione patrimoniale, che costituisce la donazione, nella quale si esauriscono i suoi effetti ed il suo contenuto, sia fatta *animo donandi*, senza un vincolo giuridico od altra causa giuridica che ne rappresenti l'equivalente. Lo spirito di liberalità consiste *soltanto* nella coscienza e volontà di conferire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi costretti. Questa concezione disinteressata ed idealistica della donazione è il risultato dell'etica cristiana, ovvero di duemila anni di cristianesimo, che hanno influito sulla nostra tradizione giuridica. Ma la coscienza sociale conserva il ricordo e l'impronta dello *spirito originario della donazione* che non era assolutamente un atto gratuito, unilaterale, disinteressato, ispirato soltanto a spirito di liberalità, secondo l'etica del Cristianesimo, ma – come si dirà – era un atto complesso, che aveva implicazioni e connotazioni molto più estese e profonde di una semplice liberalità.(3) Per ricercare lo *spirito originario della donazione* occorre fare un passo indietro, anzi molti passi indietro, laddove ci portano la ricerca etnologica e lo studio antropologico delle società c.d. tradizionali, (4) molto lontane e diverse culturalmente dalla società di oggi. Prima occorre fare una doverosa premessa che investe – a livello sociale ed antropologico, prima ancora che sul piano giuridico – lo “statuto” delle cose e delle persone. (5).

2. Cose e persone.

I sistemi giuridici moderni tracciano una netta linea di demarcazione tra soggetti ed oggetti dei diritti, tra le persone e le cose, tra diritti reali e diritti personali. Soggetti dei diritti

sono le persone fisiche e giuridiche. Come è noto, la personalità giuridica indica l'attitudine di un soggetto – sia esso una persona fisica od un ente - a divenire titolare di diritti ed obblighi. Le cose, invece, appartengono al novero degli oggetti. Interessano al diritto ovviamente soltanto le cose che possono recare utilità ai soggetti e che per questa ragione sono assunte nella nozione giuridica di beni (*bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est, beatos faciunt*: Ulpiano, *De verborum significatione*). Precisamente, i beni sono le cose che possono formare oggetto dei diritti. La nozione di cosa rimanda immediatamente alle cose materiali ed inerti, ma sono cose in senso giuridico – siccome possono formare oggetto di diritti – anche i beni immateriali. (6) Queste nozioni fondamentali – su cui si fondano gli ordinamenti giuridici moderni e gli “statuti” della proprietà e del commercio dei beni – rispondono sostanzialmente al senso comune ed alla nostra percezione della realtà: una realtà in cui l'uomo come soggetto attivo e percipiente vive immerso in un mondo fatto di cose ed oggetti. (7) E' un *sistema antropocentrico* in cui l'uomo si pone al centro di un universo fatto – per l'appunto – di beni materiali che gli interessano nella misura in cui possono soddisfare i suoi bisogni e le sue esigenze: un sistema in cui i rapporti tra i soggetti sono regolati dalla legge dello scambio e lo scambio è regolato dalla legge dell'equivalenza, per cui i beni oggetto di scambio devono avere lo stesso valore ovvero devono bilanciarsi perché lo scambio possa avvenire. Un sistema utilitaristico – quindi – in cui dal baratto – forma precedente di scambio – è nata per evoluzione la compravendita, nella quale lo scambio è regolato dal *denaro*, che costituisce un sistema condiviso di misurazione del valore dei beni. Ma questo *non* è l'unico scenario possibile. (8)

3. L'anima primitiva.

La ricerca etnologica ha scoperto presso i popoli c.d. *tradizionali* (senza che l'espressione possa comportare qualche collegamento a giudizi di valore o dis-valore) *dei sistemi giuridici molto diversi dal nostro*, fondati su di una diversa percezione della realtà, che non pone l'uomo al centro del mondo. Questa osservazione rimanda allo studio delle istituzioni e dei costumi degli uomini primitivi – rinvenibili nella ricerca etnologica – da cui è dato risalire al modo in cui l'uomo primitivo *rappresentava se stesso* in rapporto al suo gruppo sociale ed al mondo in cui viveva. Ne emergono rappresentazioni collettive di indubbio interesse e novità, da cui risulta evidente che l'uomo primitivo non ha ancora sviluppato una chiara percezione e consapevolezza di se medesimo come “soggetto” in contrapposizione agli oggetti che costituiscono l'ambiente che lo circonda. Siffatte opposizioni e distinzioni non esistono nella mentalità dell'uomo primitivo, che apprende e rappresenta se stesso non come un soggetto dotato di una propria individualità in senso fisico e psicologico, ma come un oggetto simile agli altri che lo circondano. Per questo sente – l'individuo – di appartenere ad una realtà indivisa più ampia ed estesa della sua individualità. E' questo il sentimento della *partecipazione universale*, per cui in tutta la natura, negli uomini negli animali e nelle cose, al di sotto delle diverse forme che essi rivestono, circola una medesima realtà essenziale, materiale e spirituale insieme, un'energia da cui dipende la vita di tutto ciò che esiste, perché tutto è vivo in natura. Tutti gli esseri animati ed inanimati partecipano alla stessa essenza, nonostante la diversa forma dei loro corpi. Questa rappresentazione postula una fondamentale identità di essenza tra tutti gli esseri e le cose della natura, senza distinguere tra uomini ed animali, tra esseri animati ed inanimati: sotto la loro diversità apparente gli esseri presentano dunque una omo-

geneità essenziale, sono in comunione tra loro (Lévy-Bruhl, *L'anima primitiva*). La mentalità primitiva ammette dunque come un dato di fatto naturale che gli esseri possano cambiare la forma senza mutare la sostanza e che un essere umano possa tramutarsi in un animale od una cosa e viceversa. Secondo la stessa rappresentazione le cose della natura non sono mai inerti, ma sono tutte animate da una vita interiore, ovvero da un'anima o spirito che conferisce loro una personalità ed una vita simile a quella degli uomini. Da questa percezione della realtà nasce una rappresentazione della natura popolata da spiriti, animata da esseri invisibili che interagiscono variamente con gli uomini. Onde gli uomini si immaginano che le cose ed i fenomeni della natura abbiano un'anima ed una personalità simile alla sua. Il che gli consente di dialogare con l'ambiente in cui vive e stabilire dei rapporti culturali con la natura. Dallo studio di queste rappresentazioni è nata nel 1800 la *teoria dell'animismo*, considerato con una visione un po' troppo dogmatica e meccanicistica – tipica del positivismo ottocentesco – come una fase necessaria nello sviluppo della civiltà da cui gli studiosi dell'epoca facevano derivare la nascita della religione ed altri importanti sviluppi culturali. (9)

4. Le cose potenti.

Le suddette rappresentazioni postulano la necessità di far circolare l'energia vitale all'interno della natura per conservare e mantenere salda la comunione da cui dipende l'equilibrio e la vita (10) di tutto ciò che esiste. (11) Non è possibile intendere il sistema dei diritti reali e degli scambi dei beni nelle *società tradizionali* senza calarsi all'interno di queste rappresentazioni culturali così diverse dalle nostre. Nello stadio iniziale della civiltà non esiste la proprietà individuale perché non esiste apprensione dei beni da parte degli individui. Non esistono nemmeno i beni intesi in senso oggettivo e puramente utilitaristico: tutti i beni appartengono alla comunità, anzi più esattamente sono – i beni – parti e componenti della stessa collettività. Val meglio dire che sono dotati di anima o spirito come le persone: anzi sono considerati – i beni – come proiezioni o prolungamenti delle persone. Lo scambio dei beni tra diversi gruppi sociali – tribù o clan – serve a mettere in moto e far circolare l'energia: onde lo scambio dei beni all'interno delle società tradizionali risponde più ad uno scopo mistico che ad una logica commerciale; risponde allo scopo di creare e mantenere *legami* solidaristici e spirituali tra i diversi gruppi sociali piuttosto che a quello di soddisfare bisogni materiali. Entro questi schemi mentali si colloca la pratica c.d. delle “*prestazioni totali*”, osservata nelle società polinesiane, ovvero dei contratti perpetui coi quali i diversi gruppi sociali si scambiano tutto ciò che possiedono: donne, bambini, oggetti di tutti i generi, anche quelli che non rispondono a bisogni materiali, come riti, culti e divinità: perché – ripetesi – questi scambi trascendono le esigenze materiali ed i bisogni primari, non rispondono alla logica dello scambio commerciale, per la quale i gruppi scambiano beni diversi per soddisfare esigenze opposte o complementari, ma alla logica dello scambio fine a se stesso, finalizzato a creare e mantenere *aperture e canali di comunicazione* attraverso i quali possa circolare energia e possano instaurarsi collegamenti ideali tra i diversi gruppi sociali, onde possano *costituirsi e rinsaldarsi quei legami* che tengono insieme la *comunione universale*. (12)

5. La donazione mistica.

Quando si afferma la proprietà individuale i beni continuano ad essere considerati carichi di energia, ovvero ricettacoli di potenza, che conferiscono potere ed autorità a chi li possiede. L'au-

torità di un capo si misura dal numero e dalla potenza dei beni che possiede, perché non tutti i beni hanno la stessa potenza e non tutti conferiscono gli stessi poteri. In ogni caso, la potenza non deve restare confinata nel possesso dei beni, ma deve sempre manifestarsi all'esterno e circolare – a tutti i livelli – attraverso lo scambio dei doni. Sorprendentemente, quindi, gli etnologi hanno scoperto che non il baratto ma la *donazione* è la forma primitiva di scambio nelle società tradizionali. La donazione non richiede una controprestazione in senso commerciale, ma è una manifestazione di potere, di prestigio ed autorità da parte del donante. Perché, secondo questa logica solidaristica che sta alla base delle *società tradizionali*, chi più ha più deve donare. Il prestigio non sta tanto nel possedere, quanto piuttosto nel donare. Ma chi dona non dona soltanto un bene, dona una parte di se stesso, perché – ripetesi – gli individui si identificano con le cose che possiedono e che scambiano. Il bene donato partecipa della stessa essenza del donante: onde la donazione crea un *legame*, una *comunione spirituale* ed un *vincolo giuridico* tra donante e donatario. Il vincolo giuridico, creato attraverso le cose, ha un valore spirituale, è un legame di anime perché le cose hanno un'anima. In questo senso – ha osservato Mauss – *non v'è nulla di meno gratuito del dono*. Perché la donazione crea una asimmetria, uno squilibrio tra donante e donatario, un sovraccarico di potenza che può nuocere al donatario o rivelarsi per lui pericolosa (Marcel Mauss, *Saggio sul dono*). Il donatario è obbligato a ricevere la donazione, perché rifiutarsi interromperebbe la circolazione dell'energia, ma – nel contempo – accettando la donazione riceve qualcosa che appartiene all'essenza spirituale di un'altra persona. Tenere per sé questa cosa sarebbe pericoloso e potrebbe anche essere mortale perché, attraverso questa proiezione, questo prolungamento della sua personalità sul donatario, il donante lo assoggetta al suo potere. La donazione può giovare al donatario, ma può anche nuocergli. In ogni caso dà al donante una presa magica e religiosa sul donatario. La cosa donata non è inerte, ma possiede un'energia che obbliga il donatario a ricambiare la donazione, donando un bene di valore e potenzialità equivalenti, per non interrompere il flusso e – soprattutto – per non soggiacere al donante, per colmare il vuoto e ricostituire l'equilibrio, ma anche per perpetuare il legame personale. In questo senso il *dono è ambiguo*, crea un debito, perché il donante dà per ricevere, getta un ponte – la donazione – ma costituisce anche un legame. Mette in moto la potenza, fa scaturire una corrente che dal momento stesso del dono scorre ininterrottamente tra chi ha dato e chi ha ricevuto. Esige un contraccambio, ma non in senso commerciale: prima che un vincolo giuridico è un obbligo morale, un vincolo spirituale, che non dà corso ad uno scambio di beni immediato, nel senso del *do ut des*, ma ad un rapporto prolungato, indefinito, che vincola le parti a tempo indeterminato. Per questo dà la sensazione – la donazione – di nascondere qualcosa, ha – ancor oggi – un aspetto spirituale, che la fa ascrivere alla sfera del sacro, ma anche *un lato oscuro o sotterraneo*, che fa paura ed ispira diffidenza. “*Timeo danaos et dona ferentes*”: sono le parole emblematiche rivolte da *Laocoonte* ai troiani per convincerli a non fare entrare il famoso cavallo in città.

6. Doni funesti.

La mitologia ed il folklore conoscono tanti esempi di doni funesti. Il più grande dono che gli dei hanno fatto ai mortali – *Pandora*, (13) la prima donna, la fanciulla creata ad imitazione di una dea per il piacere degli uomini – in realtà nasconde un grave inganno. Eppure *Prometeo*, che capisce le cose prima degli altri, avverte suo fratello *Epimeteo* di rifiutare il dono degli dei e di rimandarlo indietro senza nemmeno

guardarlo. Ma *Epimeteo* cede alle lusinghe della donna: le apre la porta di casa e la accetta come sposa. *Pandora* introduce nella casa di *Epimeteo* e nel mondo degli uomini il famoso vaso dal quale *escono tutti i mali* che affliggeranno per sempre l'umanità. (14) Il regalo degli dei s'è tramutato in una somma di mali. (15)

Eppure i sacrifici agli dei ed ai morti, lo scambio di doni con i parenti, con gli stranieri, con gli amici, con i nemici servono ad interessare una fitta rete di relazioni religiose, spirituali, sociali, sulla quale si regge la vita della comunità. Mentre il baratto attraverso lo scambio immediato dei beni è fine a se stesso, ovvero esaurisce la sua funzione nel mero scambio di utilità, senza riflessi sulle persone, la donazione, invece, *crea vincoli perpetui e reciproci* tra persone, famiglie e gruppi sociali, crea legami spirituali, comunioni ed alleanze.

7. Riti di accoglienza e di aggregazione.

Lo scambio dei doni assume una particolare importanza nei riti di separazione e di riaggregazione, come sono i riti che accompagnano la partenza od il ritorno da un viaggio. Serve – lo scambio dei doni – per chi parte ad attenuare il trauma della separazione, facendo in modo che essa non sia brusca ma progressiva, e per chi torna a riammettere il viaggiatore nella comunità di appartenenza, a ristabilire il vincolo con la sua comunità, attenuato od obliterato da un lungo periodo di lontananza. Portando con sé un oggetto appartenente alla sua casa od alla famiglia, chi parte sente meno la lontananza ed il distacco. Chi ritorna ricevendo doni da parenti ed amici riconosce e ritrova la propria identità nel gruppo di origine. Insomma, il dono con la sua carica di potenza spirituale ed emotiva *annulla gli effetti della lontananza e del tempo*, preservando l'identità del soggetto, che non è identità individuale ma identità di gruppo, costituita da legami personali, familiari, sociali.

Lo scambio dei doni ha un ruolo rilevante anche nei riti di accoglienza degli stranieri: serve a creare una comunanza superando od esorcizzando la paura che suscita sempre l'arrivo e la presenza di uno straniero, visto come portatore di una potenza pericolosa e fatto oggetto istintivamente di un timore che impone una certa distanza. (16) Lo scambio dei doni serve per l'appunto ad annullare questa distanza ammettendo lo straniero nella comunità che lo riceve. L'ospitalità si fonda essenzialmente sullo scambio dei doni. Quando *Ulisse* giunge nell'isola dei *Feaci*, il re *Alcinoo* lo accoglie come ospite e gli offre molti doni. (17) Quando, punto dalla nostalgia, decide di riprendere il mare per tornare in patria, il re mette a sua disposizione una nave carica di doni. Dopo i riti di accoglienza – volti ad integrare lo straniero nella società dei *Feaci* – al momento del distacco la dazione rituale dei regali serve a rendere più graduale la separazione e ad attenuarne gli effetti. “*Quando sarai nella tua terra, ricordati di me*”: dice queste parole *Nausicaa* ad *Ulisse*. Nella separazione e nella lontananza, che smorza i sentimenti, i doni sono un pegno del ricordo.

8. Il *potlac*: prestigio ed onore.

Talvolta presso certe popolazioni, particolarmente – ma non solo – nelle società divise in classi o gerarchizzate, nelle società basate sui principi dell'antagonismo e della rivalità o divise in gruppi o tribù *in competizione* tra loro, la donazione si deforma: da strumento di comunione e solidarietà sociale diventa una sfida, una competizione, uno strumento di difesa delle prerogative individuali o di classe, di sopraffazione degli altri. Ritroviamo questo spirito nel *potlac*, (18) istituto rinvenuto tra le tribù indiane del nord ovest americano, che cono-

sce paralleli anche presso altre popolazioni più evolute e gerarchizzate in altre parti del mondo, il quale consiste in uno scambio assoluto ed esasperato di beni tra due tribù o due capi, che rivaleggiano tra loro in prodigalità, fanno a gara a chi riesce ad offrire di più all'altro, accrescendo così il proprio prestigio personale o familiare a danno del contendente. E' una ostentazione di potere, una *forma estrema di donazione* fatta per umiliare l'avversario, non più per creare legami sociali o spirituali, ma per accentuare o sottolineare la distanza tra sé e gli altri: è un *rituale agonistico*, nel quale – nelle forme estreme – la donazione e lo scambio sono sostituiti dalla consumazione e distruzione dei beni, da un olocausto attuato – spesso – nella forma di un sacrificio agli spiriti della natura o dei morti. I contendenti mettono in gioco oltre ai loro beni anche e soprattutto il loro prestigio. Perdere al *potlac* il prestigio o l'onore è per gli indiani d'America (19) come perdere l'anima. (20)

In ogni caso, mettendo in gioco il prestigio del donante, la donazione – come ostentazione di potere dalla quale deriva il riconoscimento sociale del donante – ha una *dimensione collettiva*: onde in certe occasioni è necessario redistribuire tra il maggior numero di individui i beni che si possiedono e si sono accumulati, rimettendo in circolazione ciò che si è ricevuto da una donazione, da una partita fortunata di caccia, da un raccolto abbondante di prodotti agricoli. Insomma, i beni devono circolare e la generosità del donante non deve escludere nessuno. In tal modo il donante diminuisce il suo patrimonio, ma incrementa il proprio potere e prestigio personale. Riemerge – sotto altro aspetto – il rapporto comunitario che gli uomini hanno con le cose e che contrastava in origine con l'impossessamento individuale dei beni. Da questi *schemi culturali molto antichi* deriva il motivo tradizionale e folklorico per cui nessuno deve essere escluso dalla festa o dal banchetto, che sono occasioni comunitarie. (21) L'omissione ed anche la mera dimenticanza di un individuo possono avere conseguenze funeste, come può accadere quando l'escluso è un poveretto od un derelitto, od una fata vendicativa che ci si è dimenticati di invitare ad un matrimonio o ad un battesimo. (22)

9. Sopravvivenze.

Come s'è accennato all'inizio – ed è più agevole comprenderlo dopo quanto s'è detto – nella coscienza sociale – ed a volte anche nella scienza giuridica – sopravvive lo spirito originale della donazione, che si ritrova ancora in certi usi e consuetudini sociali tramandati probabilmente da epoca remota. Lo scambio dei doni serve ancor oggi a creare o conservare legami personali tanto più forti quanto maggiore è l'importanza del regalo. Le cose conservano ancora oggi in taluni casi una certa carica spirituale, che conferisce grande potere alla donazione ed al donante. Basta pensare allo scambio dei doni tra fidanzati, che può avere per oggetto beni appartenenti *alla famiglia* del donante carichi di valore sentimentale ed affettivo – come i gioielli di casa, che sono impregnati della personalità del proprietario – onde la donazione è rivolta attraverso la consegna di questi beni a creare un forte legame spirituale col donatario in vista, per l'appunto, del matrimonio. Lo scioglimento del fidanzamento comporta la restituzione dei doni che si sono scambiati tra loro i fidanzati. (23) Ancora oggi, in certi contesti sociali, fare ricche donazioni è considerato dalle persone facoltose una manifestazione di potenza volta a creare una fitta trama di relazioni sociali fondate – per l'appunto – su rapporti di potere e soggezione personale. I beneficiari riconoscono il potere del donante e

gli sono riconoscenti: la riconoscenza crea un legame personale forte e durevole. Si ritrova lo spirito del *potlac nei banchetti muziali o comunque nei banchetti offerti in occasioni speciali*, nelle quali l'offerta del cibo diventa ostentazione di opulenza: sono occasioni nelle quali si mette in gioco e si rischia in un certo senso il prestigio sociale della famiglia. In particolari contesti sociali, poi, si usa invitare non solo i parenti e gli amici, ma *tutta la comunità*, senza escludere nessuno, proprio come avveniva nelle *società tradizionali*.

Esiste inoltre – ancor oggi – una sorta di *codice morale delle donazioni*, per cui è considerato sconveniente se non addirittura offensivo ricambiare immediatamente il dono ricevuto, perché sarebbe contrario allo spirito della donazione, la svilirebbe trasformandola in uno scambio commerciale. Ricambiare immediatamente il dono vuole dire – in sostanza – non accettare la donazione, ovvero rifiutare di assoggettarsi al vincolo personale che nasce dal ricevimento di un dono. E' necessario, invece, scegliere accuratamente il tempo ed il modo giusto per ricambiare il regalo nello spirito della donazione che è – per l'appunto – quello di creare e mantenere un legame personale solido e duraturo tra le parti con tutti i vantaggi e gli svantaggi che ciò può comportare.

Anche a livello giuridico, riecheggia lo spirito originario della donazione nell'istituto della revocazione per ingratitudine, disciplinato dal Codice Civile (art.801 c.c.), (24) che presuppone un obbligo di riconoscenza del donatario verso il donante, ovvero l'esistenza di un legame personale, il quale si proietta oltre il momento di perfezionamento della donazione. Probabilmente, non sono solo sopravvivenze del passato – nel senso riduttivo in cui intende questo termine l'antropologia culturale – ma sono le *forme mentali e comportamentali* in cui riprende corpo lo *spirito autentico* della donazione, che non è soltanto spirito di liberalità, ma un'entità *molto più complessa* che non si lascia *comprendere in formule giuridiche*. (25)

Bibliografia

L. Lévy – Bruhl, *L'anima primitiva*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013; M. Mauss, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Einaudi, Torino, 2002; H. Hubert e M. Mauss, *Teoria generale della magia e altri saggi*, Einaudi, Torino, 2000; A. Bassi, *Dono e fiducia: le forme della solidarietà nelle società complesse*, Lavoro, Roma, 2000; A. Caillé, *Critica della ragione utilitaria*, Bollati Boringhieri, Torino, 1991; Id., *Il terzo paradigma: antropologia filosofica del dono*, Bollati Boringhieri, Torino, 1998; G. P. Cella, *Le tre forme dello scambio. Reciprocità, politica, mercato, a partire da K. Polanyi*, Il Mulino, Bologna, 1997; C. Champetier, *Homo consumans. Morte e rinascita del dono*, Arianna, Casalecchio di Reno, 1999; J. Derrida, *Donare il tempo: la moneta falsa*, Cortina, Milano, 1996; G. Gasparini, *Sociologia degli interstizi. Viaggio, attesa, silenzio, sorpresa, dono*, Bruno Mondadori, Milano, 1998; J. T. Godbout, *L'esperienza del dono. Nella famiglia e con gli estranei*, Liguori, Napoli, 1998; Id., *Il linguaggio del dono*, Bollati Boringhieri, Torino, 1998; Id., *Lo spirito del dono*, Bollati Boringhieri, Torino, 2002; M. Godelier, *L'é-nigme du don*, Fayard, Paris, 1996; S. Latouche, *Il mondo ridotto a mercato*, Lavoro, Roma, 1998; Id., *Il pianeta dei naufraghi. Saggio sul dopo sviluppo*, Bollati Boringhieri, Torino, 1993; Id., *L'invenzione dell'economia*, Arianna, Bologna, 2001; Id., *L'altra Africa. Tra dono e mercato*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000; J. L. Marion, *Dato che. Saggio per una fenomenologia della donazione*, Città Nuova, Roma, 2001; T. Perna, *Fair Trade*, Bollati Boringhieri, Torino, 1998; J. Starobinski, *A piene mani. Dono fastoso e dono perverso*, Einaudi, Torino, 1995; J. Testart, *Des Dons et des dieux. Anthropologie religieuse et sociologie comparative*, Colin, Paris, 1993; G. Sechi Mestica, *Dizionario universale di mitologia*, Rusconi, Milano, 1994; A. J. Toynbee, *Il racconto dell'uomo*, Garzanti, Milano, 1987; A. Graf, *Il mito del paradiso terrestre*, Manilo Basaia, Roma, 1982; J.

Baudrillard, *Lo scambio simbolico e la morte*, Feltrinelli, Milano, 2015; G. P. Caprettini (a cura di), *Dizionario della fiaba. Simboli, personaggi e storia delle fiabe regionali italiane*, Meltemi, Roma, 1998; G. Cocchiara, *Storia del folklore in Europa*, Bollati Boringhieri, Torino, 2016; Id., *Il mondo alla rovescia*, Bollati Boringhieri, Torino, 2016; A. McClintock (a cura di), *Giuristi nati. Antropologia e diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 2016; F. Engels, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello stato*, shake edizioni, Milano, s. d.; E. Durkheim, H. Hubert e M. Mauss, *Le origini dei poteri magici*, Einaudi, Torino, 1966; E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, 2 voll., Einaudi, Torino, 2001; F. Jesi, *Materiali mitologici*, Einaudi, Torino, 2001; Id., *Letteratura e mito*, Einaudi, Torino, 2002; A. Schiavone (a cura di), *Diritto privato romano*, Einaudi, Torino, 2010; F. Cumont *Lo Zodiaco*, Adelphi, Milano, 2012; K. Marx, *Forme di produzione precapitalistiche*, Bompiani, Milano, 2009; J. G. Frazer, *Il ramo d'oro*, Bollati Boringhieri, Torino, 1991; H. Kelsen, *Società e natura. Ricerca sociologica*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992; E. de Martino, *Il mondo magico. Prolegomeni ad una storia del magismo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008; M. Eliade, *Il sacro e il profano*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013; Id., *Trattato di storia delle religioni*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008; F. Cardini, *I giorni del sacro. I riti e le feste del calendario dall'antichità ad oggi*, Utet, Torino, 2016; R. Cailliois, *I giochi e gli uomini*, Bompiani, Milano, 1981; E. Durkheim, *Le forme elementari della vita religiosa*, Comunità. Milano, 1963; C. Lévy – Strauss, *Le strutture elementari della parentela*, Feltrinelli, Milano, 1969; Id., *Il crudo e il cotto*, Il Saggiatore, Milano, 1966; Id., *Il totemismo oggi*, Feltrinelli, Milano, 1964; Id., *Il pensiero selvaggio*, Il Saggiatore, Milano, 1964; Id., *Antropologia strutturale*, Il Saggiatore, Milano, 1967; Id., *Antropologia strutturale due*, Il Saggiatore, Milano, 1978; G. Tarde, *Scritti sociologici*, Utet, Torino, 1976; I. H. Morgan, *La società antica. Le linee del progresso umano dallo stato selvaggio alla civiltà*, Feltrinelli, Milano, 1974; H. Sumner Maine, *Diritto antico*, Giuffrè, Milano, 1998; U. Bianchi, *Storia dell'Etnologia*, Abete, Roma, 1971; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1957; R. Girard, *Miti d'origine, Persecuzioni e ordine culturale*, Feltrinelli, Milano, 2005; Id., *Il capro espiatorio*, Adelphi, Milano, 1987; J. G. Neihardt, *Alce Nero parla*, Adelphi, Milano, 1996; V. Turner, *Simboli e momenti della comunità. Saggio di antropologia culturale*, Morcelliana, Brescia, 1975; Id., *La foresta dei simboli. Aspetti del Rituale Ndembu*, Morcelliana, Brescia, 1976; Id., *Dal rito al teatro*, Il Mulino, Bologna, 1986; Id., *Antropologia della performance*, Il Mulino, Bologna, 1993; A. van Genep, *Riti di passaggio*, Bollati Boringhieri, Torino, 2002; J. Poirier, *Storia dell'etnologia*, Lucarini, Roma, 1987; S. Tokarev, *Le religioni nel mondo antico*, 2 voll., Teti, Milano, 1981; G. Filoramo, M. Massenzio, M. Roveri e P. Scarpi, *Manuale di storia delle religioni*, Laterza, Roma – Bari, 1998; R. Pettazzoni, *L'essere supremo nelle religioni primitive (Conoscenza di Dio)*, Einaudi, Torino, 1957; G. de Santillana e H von Dechend, *Il mulino di Amleto. Saggi sul mito e sulla struttura del tempo*, Adelphi, Milano, 1993; C. Geertz, *Interpretazione di culture*, Il Mulino, Bologna, 1987; Id., *Opere e vite*, Il Mulino, Bologna, 1990; S. J. Schmidt, *Teoria del testo. Per una linguistica della comunicazione verbale*, Bollati Boringhieri, Torino, 1982; J. M. Lotman, *La semiosfera. La simmetria e il dialogo nelle strutture pensanti*, Marsilio, Venezia, 1985; G. Filoramo, *Figure del sacro. Saggi di storia religiosa*, Morcelliana, Brescia, 1993; N. Frye, *Miti, Metafore, Simboli*, Editori Riuniti, Roma, 1989; F. Remotti, *Noi primitivi. Lo sguardo dell'antropologo*, Bollati Boringhieri, Torino, 1990; J. Boyarin (a cura di), *The Ethnography of Reading*, The University of California Press, Berkeley, 1992; P. Benson, (a cura di), *Anthropology and Literature*, University of Illinois Press, Urbana – Chicago, 1992.

Adde, in quanto notevolmente di attualità: M. Aime e A. Cossetta, *Il dono al tempo di internet*, Einaudi, Torino, 2010. (26)

Note:

(1) Nell'attuale ordinamento giuridico italiano, il codice civile vigente contiene la previsione e la disciplina normativa dell'istituto della "donazione" (peraltro indicato come "contratto") agli artt. da 769 a 809 del libro II, che tratta "delle successioni", al titolo V (delle donazioni), ai

capi I, II, III e IV, ed in posizione, pertanto, inconsueta rispetto ai contratti, disciplinati nel libro IV del codice civile; il che può già far pensare a qualche sorta di abitudine tralattizia nel riconoscere alla donazione delle *caratteristiche peculiari*, estremamente risalenti nel tempo, che, come struttura e come funzione, la differenziano da rapporti a mero carattere economico - contrattuale o riconducibili all'area dei rapporti a carattere mercantile ed economicistico - razionalizzato, tipici della società e delle istituzioni che vengono a sorgere *dopo* il crollo - definitivo - di quello che Marx (e non solo lui), definisce come la forma di produzione che precede la accumulazione pre - capitalistica, ed il suo inizio di appropriazione del mondo, e cioè il modo (o forma) di produzione "feudale".

L'art. 769 c. c. definisce la donazione come segue: "La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione".

(2) Sulla donazione, dal punto di vista giuridico, si veda: Antonio Palazzo, *sub voce Donazione*, in Digesto Quarta Edizione, Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civile, Vol. VII, Utet, Torino, 1991, pp. 137 e ss. Adde: Angelo Chianale, *sub voce Donazione in diritto comparato*, in Digesto Quarta Edizione, Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civile, Vol. VII, Utet, Torino, 1991, pp. 181 e ss. e Nerina Boschiero, *sub voce Donazione nel diritto internazionale privato*, in Digesto Quarta Edizione, Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civile, Vol. VII, Utet, Torino, 1991, pp. 185 e ss., nonché G. Bonilini, *Questioni di diritto delle successioni e delle donazioni*, Cedam, Padova, 2007; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Giuffrè, Milano, 2015; Biondo Biondi, *sub voce Donazione (Diritto civile)*, in Novissimo Digesto Italiano, Vol. VI, Utet, Torino, 1979, pp. 233 e ss.

Per la storia dell'istituto: Patrizia Giunta, *sub voce Donazione (storia del diritto romano)*, in Digesto Quarta Edizione, Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civile, Vol. VII, Utet, Torino, 1991, pp. 161 e ss.; Giuseppe Roddi, *sub voce Donazione (storia del diritto medievale e moderno)*, in Digesto Quarta Edizione, Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civile, Vol. VII, Utet, Torino, 1991, pp. 177 e ss. e Biondo Biondi, *sub voce Donazione (Diritto romano)*, in Novissimo Digesto Italiano, Vol. VI, Utet, Torino, 1979, pp. 224 e ss.

(3) Peraltro, forse, qualche traccia del fondamento originario della donazione si conserva, ancora, negli ordinamenti giuridici moderni; per il nostro codice civile, ad. es., la donazione è un contratto a forma vincolata e non a forma libera, salvo quanto previsto dall'art. 783 c. c.

(4) "La vita comunitaria è possesso e godimento reciproco, ed è possesso e godimento di cose comuni". Ferdinand Tönnies, *Comunità e società*, Comunità, Milano, 1970, p. 66.

(5) Che il concetto di donazione, di dono o di offerta, comporti *significati* che vanno ben al di là del semplice spirito di mera liberalità, è cosa che pare essere presente più ai letterati, che ai giuristi; si veda in questo senso Ernst Junger, *La capanna nella vigna*, Guanda, Parma, 2009, p. 168: "Un bel sinonimo di schenken, "dare", è sich entaussern, "spogliarsi", - privandomi di un bene in favore di qualcun altro non lo perderò che in apparenza; alla perdita esteriore corrisponde un intimo guadagno".

(6) Per gli ordinamenti giuridici moderni il concetto di bene in senso giuridico viene ad assumere connotazioni molto ampie.

(7) "Giacché tutta la sfera dell'economico è svuotata, tutto si può dire in termini di economia politica e di produzione" Jean Baudrillard, *Lo scambio simbolico e la morte*, Feltrinelli, Milano, 2002 p. 49.

(8) Si premette che, ai fini di una corretta esposizione di concetti antropologico - giuridici, non si dovrebbe dimenticare la "base schiavistica" esistente in gran parte delle civiltà antiche ed arcaiche. Benjamin Farrington, *Scienza e politica nel mondo antico*, Feltrinelli, Milano, 1960, p. 17.

(9) Per un breve excursus sulle teorie della "nascita della religione" e e sugli sviluppi del concetto di "sacro", si veda: Raffaele Pettazzoni, *L'essere supremo nelle religioni primitive (Lonnscienza di Dio)*, Einaudi, Torino, 1957, pp. 153 e ss.

(10) James G. Frazer, in *Il ramo d'oro*, Bollati Boringhieri, Torino, 1991 (p. 139), riferisce che presso le tribù ugro finniche "nel 'sacro bosco' non si poteva tagliare nessun pezzo di legno, né rompere nessun ramo e, in generale, alle donne era proibito di entrarvi".

(11) "Gli spiriti che animano la natura sono suscettibili di incarnarsi in oggetti, in animali o in persone", Jean Poirier, *Storia dell'etnologia*, Lucarini, Roma, 1987, p. 66.

(12) Come ha osservato Nicolas Gomez Davila: "La ritualità è il veicolo del sacro", *Tra poche parole*, Adelphi, Milano, 2007, p. 77.

(13) Sulla vicenda di Pandora, *Prometeo ed Epimeteo*, si veda: Giuseppina Sechi Mestica, *Dizionario universale di mitologia*, Rusconi, Milano, 1994.

(14) Solo come curiosità per il lettore e per il punto di vista di un grande autore della letteratura italiana, si segnala "La scommessa di Prometeo" di Giacomo Leopardi, in *Canti, Operette morali, Pensieri*, De Agostini, Novara, 1964, pp. 221 e ss.

(15) Sul mito di Prometeo ed Epimeteo, per un approccio "contemporaneo", si veda: *Indagini su Epimeteo tra Ivan Illich, Konrad Weiss e Carl Schmitt*, sul sito della rivista elettronica "Il Covile", del 2008.

(16) Si vedano, in particolare, le osservazioni di René Girard, in *Miti d'origine. Persecuzioni e ordine culturale*, Feltrinelli, Milano, 2005, pp. 113 e ss.

(17) "Il dono ospitale omerico è in mezzo tra lo scambio e il sacrificio", Max Horkheimer e Theodor W. Adorno, *Dialettica dell'illuminismo*, Einaudi, Torino, 1974, p. 58.

(18) Il *potlac* o *potlach* consiste in un rituale (o in un complesso di rituali) tipico di alcune tribù indiane degli Stati Uniti e del Canada, in cui, tra l'altro, si distribuiscono doni o si svolgono pratiche di attività distruttiva di beni, allo scopo di aumentare il proprio prestigio o della propria collettività o di accrescere lo status sociale del donante.

(19) Le varie tribù degli indiani d'America avevano una visione essenzialmente e principalmente sacrale - religiosa della vita dell'uomo e del suo posto nel mondo: "Questo sapere ci viene dal mondo dell'Aldilà, con la nostra religione", John G. Neihardt, *Alce Nero parla*, Adelphi, Milano, 1996, p. 197.

(20) Si ricorda che la pratica del *potlac*, forse proprio perché in contrasto con un atteggiamento economico di tipo calvinistico, in senso weberiano, della popolazione bianca, era già stato dichiarata *illegale* fin dal 1800 negli Stati Uniti e in Canada.

(21) La festa a cui tutti possono partecipare e goderne (il cd. Paese di Cuccagna) è forse un riflesso (laicizzato) del mito del *Paradiso terrestre*, presente in quasi tutte le mitologie dell'antichità. Si veda: A. Graf, *Il mito del paradiso terrestre*, Manilo Basaia, Roma, 1982, pp. 191 e ss.

(22) Si pensi alle "favole" di Charles Perrault o dei fratelli Jacob e Wilhelm Grimm.

(23) Si veda l'art. 80 c. c.: (Restituzione dei doni). - "Il promittente può domandare la restituzione dei doni fatti a causa della promessa di matrimonio, se questo non è stato contratto.

La domanda non è proponibile dopo un anno un anno dal giorno in cui s'è avuto il rifiuto di celebrare il matrimonio o dal giorno della morte di uno dei promittenti".

(24) Art. 801 cod. civ. (Revocazione per ingratitudine). - "La domanda di revocazione per ingratitudine non può essere proposta che quando il donatario ha commesso uno dei fatti previsti dai numeri 1, 2 e 3 dell'art. 463, ovvero si è reso colpevole d'ingiuria grave verso il donante o ha dolosamente arrecato grave pregiudizio al patrimonio di lui o gli ha rifiutato indebitamente gli alimenti dovuti ai sensi degli art. 433, 435 e 436".

(25) E' persin forse inutile ricordare, a dimostrazione della perenne *ri - attualizzazione* delle radici mitiche del dono, come, nella tradizione della Cristianità, i *Magi* offrano doni (carichi di significati simbolici), al Salvatore bambino (Matteo, 2, 11)?

(26) Le poche note, qualche minima integrazione al testo e la bibliografia sono opera della Redazione.

“Alcune modeste proposte per impedire che i civilisti italiani siano a carico del loro Paese e per renderli utili alla comunità”

Replica al Giudice Andrea Del Nevo

Massimo A. Chiocca

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. Premesse. - 2. Pars destruens. - 3. Stilus curiae. - 4. Praestantia et celeritas. - 5. Regressus. - 6. Norme e valori. - 7. Rito e contraddittorio (“pars construens”). - 8. Rito e giudizio. - 9. Mysteria. - 10. Absolutio.

1. Premesse.

Il dott. Andrea Del Nevo si è (giustamente) preoccupato nel numero 3/2016 di Giurisprudenza Ligure del (rapido) funzionamento della “giustizia”: *“perché una società civile merita un processo altrettanto civile nel suo svolgimento, soprattutto con riferimento alla sua tempistica”*.

Preoccupazione giusta, anzi lodevole, ma i rimedi adottati ci sono apparsi funzionali all’idea - non aliena nel Del Nevo - per cui una buona parte degli avvocati dovrebbe essere debellata. Altrimenti le sue *“modeste proposte”* non sarebbero protese al fine dichiarato di *“impedire che i civilisti italiani siano a carico del Paese”*.

2. Pars destruens.

Partiamo da un riscontro oggettivo: tutti gli interventi legislativi succedutisi nel tempo, da almeno 30 anni in qua, sono stati orientati a *“snellire il processo civile”*, per cercare di garantirne la definizione *“in tempi ragionevoli”* (pensiamo all’istituzione delle “sezioni stralcio” e del “giudice unico”): filtrando le controversie così da porre un freno alla “litigiosità endemica” degli italiani (pensiamo agli istituti della mediazione e da ultimo della negoziazione assistita).

Non basta, dice Del Nevo: occorre, infatti, che [il] giudice [...] si presenti sin da subito, ossia sin dalla prima udienza, preparato in ordine alle questioni controverse di fatto e di diritto, [così da essere in grado] di *gestire il processo* in un tempo inferiore a due anni.

Il giudice, prosegue Del Nevo, sin dalla prima udienza, attualmente un inutile *“momento di passaggio”*, deve *“chiedere chiarimenti ai difensori”* per appurare se la causa debba essere “studiata” o se pendano trattative. Deve *“indicare le questioni rilevabili d’ufficio”*, avviare la lite, se del caso, verso la conciliazione delle parti. Il giudice, quindi, dovrebbe individuare subito le eccezioni da escludere dal processo e redigere una sorta di «preliminare di sentenza» con richiami ai principi della Suprema Corte che manifestino (quanto meno) gli *“argomenti infondati”*.

Il posizionamento del giudice - da queste prime battute - è al centro dell’arena processuale. Il giudice non deve avere un “ruolo neutrale”, ma deve assicurare che la “contesa” si svolga nel rispetto dell’obiettivo - superiore agli interessi egoistici delle parti - della diminuzione delle cause gravanti sul ruolo.

3. Stilus curiae.

Quanto agli avvocati, una buona dose di colpa (rectius: la maggiore) sta nella proposizione a tutto spiano (un vizio tipicamente italiano) di *“domande risarcitorie”* e nello stile della

prospettazione dei fatti di causa, sempre generico. Per non parlare, poi, dell’abuso delle memorie defensionali: più si scrive, infatti, più gli avvocati guadagnano; d’altronde, le stesse tariffe professionali erano legate alla redazione degli atti scritti.

L’avvocato, insomma, chiede la trattazione scritta non tanto perché vuole “fermare” o chiarire meglio determinati argomenti, bensì perché vuole dimostrare per tabulas al cliente il proprio impegno professionale.

Lasciano a desiderare anche le *“modalità con cui vengono redatte le memorie”* (sebbene abbiano un contenuto tipizzato dalla legge). Con l’effetto di non poter *“tralasciare alcuna delle obiezioni sollevate dalle parti”* e di addensare sul tavolo del giudice (oggi sulla desktop del computer) *“un numero impressionante di pagine dedicate a replicare ad argomentazioni già prima facie manifestamente infondate”*.

Il difensore, infine, *“non è solito arrivare preparato all’udienza”*.

La “logica del rinvio” prevarrà sempre, perché l’avvocato non *“sollecita la pigrizia del giudice”*. E alla fine il processo - in attesa di un *“mutamento culturale nel rapporto tra avvocati e magistrati”* - risulta *“ingestibile”* conclude quasi sconcolato il Nostro.

4. Praestantia et celeritas.

Il dott. Andrea Del Nevo - al di là di certe sue affermazioni deliberatamente provocatorie - sembra appartenere a quella schiera di pensatori giuridici che vorrebbero raggiungere il massimo della “efficienza processuale” a discapito dell’essenziale, vale a dire tutte le questioni sul diritto di azione e di difesa (art. 24 cost.), sul giudice naturale precostituito per legge (art. 25 cost.), sull’obbligo di motivazione (chiara ed esaustiva aggiungiamo noi) (art. 111 cost.), sul ricorso in cassazione per violazione di legge (art. 111 cost.).

Questo è il complesso delle garanzie costituzionali inerenti l’attività giurisdizionale.

5. Regressus.

Il c.p.c. del 1865, il quale regolava un processo fortemente gestito dalle parti, con un intervento finale del giudice, in fatto di celerità assicurava al Regno d’Italia il “record del mondo”. Negli anni cinquanta (del secolo dopo) la Commissione Acampora riconobbe come i ritardi del processo civile fossero dovuti agli elementi inquisitoriali propri del “giudice istruttore”, espressione di “un codice autoritario”, figlio di un “regime autoritario” (S. Satta, 1969).

Sappiamo bene che i “problemi giuridici del processo” non sono solo tecnici, ma involgono “considerazioni ideologiche”. Lo vedremo più avanti.

Poiché in Del Nevo sembra radicato il pensiero - frutto della sua esperienza giuridica - che gli avvocati vogliano solo *“perdere tempo”*, ecco allora come *“doveroso”* ogni intervento del giudice volto alla “messa in opera” di un processo dove parti ed avvocati siano sottoposti ad una ferrea disciplina processuale, anche laddove i diritti siano completamente disponibili.

Un’idea autoritaria della funzione giurisdizionale civile, che non è né di destra né di sinistra, quale unica garanzia dei supremi principi di “efficienza e rapidità”.

Non a caso il giudice - secondo Del Nevo - dovrebbe *“costringere”* gli avvocati *“a vuotare il famoso sacco”*, senza poter essere reticenti o fare melina (perché, altrimenti, non sarebbero *“utili alla Comunità”*).

Un po’ come se un arbitro avesse il diritto di lamentarsi di uno “0 a 0”.

6. Norme e valori.

La conoscenza porta ad elaborare dei concetti. Solo attraverso l'esperienza possono trarsi delle ipotesi e delle conclusioni. E' un'esigenza pratica: quella fondamentale del "pensiero scientifico-razionale".

Ma questa esperienza talora (ed anzi il più delle volte) porta con sé il germe dei "valori" (come dice Carnelutti la "scienza giuridica" non solo è "scienza di norme", ma anche "scienza di valori", 1951).

Comunque così si sposta il baricentro dall'azione e dalla sua oggettività al "significato" dell'azione e alla sua ideologia (L. Caiani, 1954). E alla fine, uno il mondo lo concepisce ideologicamente come vuole (F. Cordero, 1981).

Valori giuridici e realtà in Del Nevo divengono e meglio vorrebbero essere la stessa cosa.

Cosa vorrebbe, dunque, il dott. Andrea Del Nevo?

Un processo dominato da un giudice pianificatore, ove nulla è lasciato al libero svolgimento delle forze ispiratrici e creatrici delle parti e dei loro avvocati. Forme, termini, preclusioni e nullità sono ad esempio espressioni di un dualismo tra teoria e pratica e perciò ragione di infinite complicazioni. Con questo processo civile, il rischio è che al giudice non rimanga, come alternativa, che la ricostruzione dei fatti giuridici in sentenza, come liberamente prospettati in causa, secondo astratti schemi normativi logico-formali.

Eppure la Corte di Cassazione, nell'esercizio del potere di qualificazione dei fatti, ben ammette che una questione di diritto sollevata in ricorso possa trovare accoglimento anche per una ragione giuridica diversa da quella indicata dalla parte ricorrente e ciò "allorquando la soluzione della questione data dalla sentenza impugnata a) sia da ritenersi errata, b) sia idonea a giustificare la risoluzione della lite e c) non richieda accertamenti di fatto" (2005).

Questo, a riconferma che il giudice dichiara (solo) il diritto, che sta prima di lui e fuori di lui.

7. Rito e contraddittorio ("pars construens").

Il problema è tutto nel metodo. Nel rinvenire un equilibrio tra efficienza e garanzie.

Peraltro, se per avviare, preparare e discutere una causa, dove l'oggetto è una controversia sui diritti e gli interessi legittimi, si prevede un giudice superiore al principio stesso del libero contraddittorio, si prende, a nostro avviso, una deriva disarmonica rispetto all'art. 111 cost., anche laddove stabilisca che il processo abbia una "ragionevole durata".

Infatti gli avvocati, quando difendono una parte che ha ragione, e che ha fretta, hanno più fretta di tutti i giudici del mondo.

Dicevamo del contraddittorio: esso adempie alla sua massima funzione nella misura in cui le parti esercitino effettivamente la loro facoltà di dialogo, entro date regole, ma a loro discrezione, dando impulso al processo o rallentandolo (non a caso nel c.p.p. anche la richiesta di archiviazione è esercizio dell'azione penale), se ciò può esser utile ai loro interessi privati. Il contraddittorio è lo strumento mediante il quale - con la composizione dialettica tra tutte le difese e le eccezioni versate in causa - si persegue il fine di una decisione fondata sulla più plausibile ricostruzione dei fatti e sulla più corretta diagnosi in iure.

L'art. 111 cost. prevede che ogni processo, e quindi anche il processo civile, tale da potersi definire "giusto", A) debba svolgersi nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale, e B) abbia una "ragionevole durata", che la legge (e non il giudice a suo pia-

cimento) deve garantire. Ma non prevede affatto che il giudice debba condurre il processo scavalcando il principio del monopolio delle parti (quasi assoluto) nell'esercizio della domanda, di cui poi l'eccezione è corollario. Men che meno obbligando il difensore a rendere dichiarazioni circa l'esistenza o meno di fatti obiettivi, magari contrari agli interessi del proprio assistito.

Se però il difensore ritiene di renderle, devono - questo sì - essere tali da non indurre il giudice in errore, quanto meno.

La stessa "giustizia della sentenza" non la si assicura concedendo al diritto di difesa il minor tempo possibile ed economizzando sulle "energie pubbliche" (visto che le parti vengono gravate da oneri tributari pesantissimi, percepiti anche come iniqui, per far fronte ai costi dell'apparato amministrativo della giustizia).

Bensi - contrariamente all'opinione di Del Nevo - sollecitando il dibattito e l'accertamento dibattimentale dei fatti, ma senza interferirvi, se le parti non vogliono. Perché ciò - e solo ciò - è in funzione del potere di qualificazione dei fatti, di interpretazione della fattispecie e di applicazione del diritto. Potere il cui esercizio - questo è sì un "interesse generale" - lo si vuole il più attento e corretto possibile ad opera di chi ha avuto il privilegio (e l'onere) di esprimere la giurisdizione, regolando in tal modo l'assetto degli interessi sotteso al processo civile.

8. Rito e giudizio.

A leggere, insomma, le opinioni di Del Nevo sembra quasi che la clausola del "giusto processo", quale "norma di apertura" del sistema delle garanzie costituzionali sulla giurisdizione, abbia consegnato al giudice poteri processuali inediti (ancora non ben percepiti dagli stessi magistrati): per una "tutela sociale delle parti" e non semplicemente delle loro ragioni. Un giudice arbitro di applicare principi derivanti dai "contesti sociali" e da opinioni "comunemente condivise", in modo da superare lo "ius positum".

Questa visione paternalistica della giurisdizione ci è apparsa e ci appare pernicioso.

Il giudice cesserebbe di essere tale, perché avremmo a che fare con una inevitabile "meccanicizzazione" e anche disumanizzazione del processo, tutto intriso di ripetitive partiture e ritmi standardizzati, dove non vi sarebbe spazio per il "contraddittorio", libero ancorché disciplinato, una garanzia ormai vetusta. Ma ancor più vetusti verrebbero ad essere i temi tipici del rito accusatorio: un giudice-spettatore, agonismo delle parti, gusto della forma, regole sulla decisione (J. Goldschmidt, 1925).

Così il giudice diverrebbe parte di quell'apparato burocratico - del tutto simile per poteri e funzioni ad un responsabile del procedimento - che vede nel "funzionario amministrativo" di weberiana memoria il suo più eccellente campione.

Si avrebbe un artificioso sdoppiamento del giudice dalla legge e l'intuizione giuridica come fonte primaria del giudizio (N. Lipari, Il diritto civile tra legge e giudizio, 2017) lascerebbe il passo, doverosamente, ad un (in)sano formalismo.

La giustizia non la si misurava sulla bollata, oggi però, per praticità gestionale, la si potrebbe misurare in byte. "Gestire il processo". Non dimentichiamo le parole. Ma sarebbe meglio dire: domare il processo, perché questo è in sintesi il progetto alternativo esposto da Del Nevo.

9. Mysteria.

Queste tematiche avevano già innescato la ribellione di Salvatore Satta nel "Mistero del processo" (Adelphi, 1994).

“Formale e formalistico sono termini che nulla hanno in comune. Il diritto non è che forma. E’ l’esperienza che si fissa nelle forme e conoscere la forma significa conoscere l’esperienza.

“Il processo romano originario era formale ma non formalistico. L’esperienza di quel processo si fissava in forme determinate, che ne costituivano l’essenza. Il formalismo si afferma invece con il processo pubblico, oltre alla sua naturale funzione. Ma il formalismo non deve essere confuso con la legalità: esso rappresenta semplicemente una frattura dell’esperienza giuridica.

“Il giudizio formalistico è una comodità spirituale, una falsa esperienza.

E’ il tentativo di trasferire la responsabilità del giudizio in un qualcosa che sta al di fuori del giudice e della sua solitudine.

10. Absolutio.

E’ dunque questo che vuole, nel suo intimo intellettuale, il dott. Andrea Del Nevo?

Non ne siamo convinti e lo assolviamo per insufficienza di prove.

Primo. Perché sappiamo che dietro ogni provocazione vi è una larvale verità. Agli avvocati ad esempio dovrebbe ripugnare il fatto di andare in udienza (o mandare in udienza sostituti) non preparati (il “foro interno” è il codice di lettura della diligenza di ciascuno).

Ma talora è assolutamente vero.

Secondo. Perché le idee condivisibili o meno di Del Nevo arrivano tardi (e il reato è impossibile): infatti un “mutamento culturale” è già stato avviato, non per scelta ma per obbligo di legge.

Non solo si è posto in discussione il carattere pubblicistico della giurisdizione civile (un tabù degli anni 70/80 per certa magistratura), sino a giungere alla riforma del processo fallimentare basandolo anch’esso sull’interesse di parte (dopo l’abrogazione dell’iniziativa d’ufficio è residuo al tribunale il solo potere di indagine officiosa sui parametri di cui all’art. 1 L.F.). Ma adesso il legislatore ha inteso radicalmente “de-giurisdizionalizzare” le controversie - anche nell’ambito dei rapporti di famiglia: separazione e divorzio - in vista della loro “deflazione”.

Vorremmo sapere quanti accordi all’esito di una “procedura di negoziazione assistita da un avvocato” abbiano realmente costituito titolo esecutivo e titolo per l’iscrizione di ipoteca.

A tacere del “processo telematico”, il quale ha comportato, a nostro avviso, un aggravio nelle modalità di lavoro e del magistrato e dell’avvocato e di tutti gli operatori amministrativi del comparto “Giustizia”.

Si è generata anche una giurisprudenza così copiosa da meritare dei convegni in tema.

Il processo a cognizione piena è viepiù marginale. E con esso sia il ruolo del giudice che quello dell’avvocato.

La certezza che il “giurista” sia (e continui ad essere) un’attività riservata unicamente a giudici ed avvocati ha oggi un po’ il sapore dell’illusione.

Le minacce di estinzione che ci riguardano direttamente, e ci accomunano, ci fanno condividere con il giudice dott. Andrea Del Nevo il suo coraggioso idealismo e le sue genuine preoccupazioni.

Il pilotaggio marittimo (1) un lungo cammino normativo nella storia nautica d’Italia; nuove norme in tema di responsabilità e sua assicurazione nella Legge 1 dicembre 2016, n. 230.

Filippo Maria Torresi

Avvocato, Foro di Genova

Dottore di ricerca

Sommario: 1. *Il pilotaggio marittimo: una lunga tradizione storica; la formazione tecnico/didattica dei piloti nell’Italia preunitaria e dopo l’unità* – 2. *I compiti peculiari del pilota: non solo abilità nella tecnica di manovra nautica* – 3. *L’attuale disciplina normativa del pilotaggio; le novità introdotte dalla L. 1 dicembre 2016, n. 230.*

1. Il pilotaggio marittimo: una lunga tradizione storica; la formazione tecnico/didattica dei piloti nell’Italia preunitaria e dopo l’unità.

Come è noto, su ogni nave (2) sono presenti un comandante (3) e i suoi ufficiali, che si assumono tutta la responsabilità della navigazione, della sicurezza a bordo, della buona conservazione del carico (merce o passeggeri che siano) e del rispetto delle leggi nazionali ed internazionali che regolano la vita e l’attività di una nave (4). Affiancano il comandante un certo numero di ufficiali tradizionalmente detti di “coperta” (la coperta è il ponte principale di ogni nave), ai quali vengono affidate le più importanti mansioni di gestione della nave e della navigazione. Parallelamente agli ufficiali di coperta esistono gli ufficiali di “macchine” che hanno il compito della conduzione e della manutenzione di tutti gli apparati meccanici ed elettrici (5) della nave, in particolare dell’apparato motore principale. Esiste poi una terza figura legata al mondo delle navi mercantili il “costruttore navale” (6); quest’ultimo è preposto alla progettazione e al disegno di una nave. Questa figura non appartiene quindi al personale navigante e trova la sua collocazione professionale all’interno di cantieri navali o studi tecnici e di progettazione o in qualità di libero professionista. Il pilota (7), quando si trova a bordo, è temporaneamente equiparato al primo ufficiale. Il c.d. pilotaggio, dunque, viene concepito nell’ottica della necessità economica di salvaguardia della nave, del carico e dell’equipaggio (8), assolvendo alla realizzazione di pubbliche finalità. Il contratto (9) di pilotaggio, che si conclude fra l’armatore (10) della nave, rappresentato dal comandante, e la corporazione dei piloti (11), ove esista, o il pilota locale, è un contratto in base al quale verso corrispettivo (12), il pilota si obbliga a suggerire la rotta e ad assistere il comandante nella determinazione delle manovre necessarie per seguirla. (13) Se nel contesto internazionale (14) nasce da subito l’esigenza di regolamentare il servizio di pilotaggio e sin dal Medioevo (15) le comunità serbano chiare tracce di tale attività, nelle realtà dell’Italia, almeno sino all’età moderna, non compaiono riferimenti espliciti ai piloti se non intesi quali navigatori particolarmente esperti. Anche nell’ambito della formazione, i piloti pratici del porto acquisiscono una buona pratica dall’esperienza e dalle competenze trasmesse di generazione in generazione mentre, liberando il campo da equivoci, la formazione dei piloti e dei pilotini (16), praticata con cura e meticolosità nelle città di mare (17), è dedicata esclusivamente alle figure destinate agli imbarchi. In alcuni degli stati preunitari (18) viene presa in considerazione e disciplinata la tipologia tecnica del pilota pratico; per esempio nella prima epoca borbonica nel Regno di Napoli già nel 1741 fu creata una “Giunta della Navigazione Mercantile” e fu emanato un regio decreto (19) per re-

golamentare tale settore: in esso si ordinava che ogni bastimento (20) inalberasse la bandiera del regno, che ogni padrone di bastimento, per poter navigare, si sarebbe dovuto munire di una patente, valida per due anni e che i padroni (21) dovevano essere adeguatamente armati per potersi difendere dagli attacchi dei corsari nemici. Infine nel 1742 fu promulgato un “Regolamento per la navigazione de bastimenti mercantili”, rinnovato nel 1751, 1757 e 1759, in cui si specificavano in modo dettagliato i compiti del capitano. Inoltre, nell’agosto del 1751 fu decretato che i capitani e padroni di imbarcazione avrebbero potuto ottenere la patente per navigare, previo il pagamento di un diritto, sottoponendosi ad un esame in cui dovevano mostrare conoscenze “di arte nautica”, norma riconfermata anche nel 1759. L’esame si doveva sostenere a Napoli presso la “Giunta di Navigazione”, composta da “due o tre probi e onesti padroni” di bastimenti mercantili e piloti della regia marina, o presso uno dei Consolati di Mare del regno. Tali norme scaturivano dalla necessità di creare una idonea classe di piloti di bastimenti mercantili che non incorresse in “disastri”, come accadeva di frequente, e fosse capace di intraprendere viaggi lontani, in cui era necessaria la strumentazione nautica, che in quegli anni si andava perfezionando. E per ovviare ai disastri nel 1751 fu creata la “Reale Compagnia di Assicurazioni Marittime”, istituita per regolamentare i commerci regnicoli ed esteri. Invero, proprio ritornando al caso dei piloti partenopei, questi ultimi a rigore dei dettami del decreto istitutivo del Corpo, nell’andare a bordo delle imbarcazioni in arrivo erano esentati dal condurre con sé una guardia di sanità, purché si fossero fatti carico di prestare preventivamente il giuramento prescritto e avessero avuto la cura di redigere un rapporto da consegnare all’Ufficio di Sanità a servizio svolto. Sempre nel Regno di Napoli durante la seconda epoca borbonica, si sentiva sempre più forte l’esigenza non soltanto di alfabetizzare la popolazione, ma anche soprattutto di creare una scuola non solo per i ceti superiori, ma soprattutto per quelli popolari, “artisti, marinai, pastori”, per i quali dovevano essere creati collegi “ne quali s’istruiscano de’ doveri e delle arti”. Tuttavia, soltanto nell’Italia postunitaria compare un’attenta sistematizzazione del profilo del pilota del porto e si provvede all’istituzione dei servizi di pilotaggio per decreto reale; non solo ma dopo l’Unità le scuole nautiche passarono al dicastero del Ministero della Pubblica Istruzione, con supervisione del Ministero dell’Agricoltura e Commercio. Intanto il 30 ottobre 1862 fu fondato l’Istituto Tecnico di Napoli a cui con regio decreto del 18 agosto 1864 fu aggregata la Scuola nautica con una sezione di “Arti marinaresche”, primo nucleo del Regio Istituto Nautico “Luigi di Savoia duca degli Abruzzi”, ubicato dal 1904 a via Tarsia e poi dal 1980 a Bagnoli, dov’è ancor oggi (22). Ciò premesso, dunque, nel riassetto postunitario particolare importanza e rilievo assume l’emanazione del *Codice per la Marina Mercantile* nel 1865 (23). Nel 1877 (24) un nuovo *Codice per la marina mercantile e la navigazione* sostituisce il precedente e riceve un relativo Regolamento di attuazione nel 1879, modificato poi nel 1895. Nel dettato dei nuovi codici ampio spazio viene dato alla figura del pilota e alla precisa definizione dei suoi compiti, come emerge anche dai testi dei decreti istitutivi dei singoli corpi. L’istituzione dei corpi, quindi, asseconda le necessità di sicurezza dei porti e della navigazione. Attualmente, possono aspirare alla carica solo i soggetti che superino specifiche prove di selezione; gli idonei saranno forniti di regolare patente o licenza ed iscritti ad un particolare registro. Occorre studiare almeno un anno per preparare le varie materie d’esame perché nel Corpo Piloti si entra per “Concorso Statale”. Occorre, inoltre, essere in possesso di determinati requisiti e aver superato accuratissime “visite mediche”. Chi vince il concorso, è nominato Allievo-Pilota e impara il “mestiere” lavorando insieme

ai Piloti Effettivi. Dopo un anno di Scuola-Pratica di manovra, l’Allievo Pilota, dopo aver superato un secondo esame orale e pratico e viene nominato Pilota Effettivo dal Direttore Marittimo. I piloti sono sottoposti a numerosi controlli da parte della Capitaneria di Porto che elenco qui di seguito:

- a) controllo disciplinare; nel caso di infrazioni commesse dal pilota durante l’adempimento dei suoi compiti;
- b) controllo tecnico; viene costantemente verificata dunque la capacità del pilota alla c.d. efficienza di manovra; vengono inoltre testate nel pilota il suo livello di rapidità e di assoluta precisione nelle comunicazioni tra torre controllo del porto/nave in entrata e in uscita dal porto);
- c) controllo gerarchico: la Capitaneria del Porto può nominare il Capo Pilota, il Sottocapo, il Pilota, ed infine opera il controllo finanziario (fatture, bilancio, contabilità) sulla corporazione. Il Corpo piloti è composto da soci-piloti che chiudono, per legge, ogni mese, la contabilità. Ad ogni nave pilotata viene applicata la tariffa di pilotaggio in base alla sua stazza lorda. Dal fatturato lordo mensile, vengono tolte le spese di tutte le utenze, affitti (tre sedi), canoni, stipendi di 20 persone: impiegati, timonieri, addetti alla manutenzione, pulizie, cuoco ecc.. Gli introiti al netto vengono divisi tra i piloti effettivi e, logicamente, la cifra varia ogni mese, perché dipende dal traffico navale approdato e smaltito in porto. In pratica, il Corpo Piloti è una impresa, e come tale corre i suoi “rischi” e può essere prospera, oppure, al contrario, può essere commissariata e fallire. Le tariffe di pilotaggio vengono concordate a livello nazionale tra L’Associazione degli Armatori (Confitarma) e la Federazione Piloti Italiani. A memoria d’uomo, non si ricorda un solo sciopero attuato dai piloti. I mezzi nautici per l’assolvimento dei compiti di pilotaggio devono rispondere a precise caratteristiche, essere forniti dai piloti ed essere di loro proprietà. Con i regolamenti del 1873 e del 1879 viene definita l’organizzazione delle flotte di pilotaggio e stabiliti i segnali per la richiesta dei piloti da parte delle navi in arrivo. L’impostazione e la sistematizzazione ottocentesche vengono poi riprese dai successivi codici novecenteschi, oggi rappresentati dal Codice approvato con Regio decreto 30 marzo 1942, n. 327 e aggiornato al Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 133.

2. I compiti peculiari del pilota: non solo abilità nella tecnica di manovra nautica.

Sulla base di questo breve *excursus*, appare subito evidente l’importanza del pilota a bordo. I comandanti delle navi, pur avendo una perfetta conoscenza e preparazione professionale sulla condotta della navigazione, non hanno la possibilità di una completa conoscenza delle caratteristiche tecniche e delle infrastrutture dei porti. Le pubblicazioni nautiche specializzate e l’esperienza riescono solo in parte a fornire al comandante gli elementi indispensabili per una sicura manovra di entrata in porto e di ormeggio. Il comandante, per condurre la nave in porto, ha bisogno di una precisa conoscenza della situazione del porto al momento in cui deve manovrare. Tale situazione non è mai statica per molteplici fattori, quali, ad esempio: operazioni di dragaggio dei fondali, costruzione e riparazione di opere portuali, nuove disposizioni in materia di navigazione nelle acque portuali (25), manovre di navi già presenti in porto, congestionamento di banchine, condizioni meteo-marine particolari del luogo, disposizioni momentanee per eventi straordinari quali vari di navi e altro (26). Inoltre il comandante di una nave alla fonda, in rada o nell’avamposto (27), ha bisogno di un collegamento con la terraferma per il coordinamento degli altri servizi nautici (ormeggio (28) e rimorchio (29)) che gli viene sostanzialmente fornito dallo stesso pilota che aggiorna il comandante sulla situazione esistente in porto. Le manovre di entrata in porto e di ormeggio sono le ope-

razioni più delicate del viaggio di una nave, dal punto di vista tecnico-nautico. Esse, infatti, si devono svolgere in spazi forzatamente ristretti e comportano, quindi, una situazione di pericolo per la nave stessa, per le altre navi già ormeggiate e per le opere portuali. Il pilota, quindi, oltre a essere un prezioso informatore del comandante sulla situazione locale del porto e a rappresentare l'elemento di coordinamento degli altri servizi portuali strettamente nautici, è anche e soprattutto un valido collaboratore in momenti molto delicati per la sicurezza della navigazione. E' d'altronde per motivi di sicurezza che le autorità marittime (30) rendono, in molti porti, obbligatorio il servizio di pilotaggio. Va peraltro osservato che tali autorità sovrintendono, da un punto di vista amministrativo e di polizia portuale a tutte le accennate operazioni, autorizzando e disciplinando le attività dei piloti, dei rimorchiatori e degli ormeggiatori. Il comandante vanta una conoscenza approfondita della propria nave ed il suo comportamento in manovra, il pilota conosce invece le acque in cui la nave deve manovrare; da una fattiva collaborazione tra le due competenze deriva una manovra più sicura. In buona parte dei porti del mondo, e tra questi i porti italiani, un unico pilota assiste la nave dalla rada all'ormeggio; in altri porti ed in particolare in quelli fluviali vi sono due o più piloti, di cui ognuno specificamente s'interessa di una precisa manovra. Ad esempio l'*harbour pilot* s'interessa della condotta della navigazione per l'entrata in porto, mentre il *dock pilot* s'interessa esclusivamente della manovra di ormeggio. E' importante rilevare che le caratteristiche più apprezzate in un pilota sono in buona sostanza: la conoscenza delle lingue straniere; l'abilità tecnica di manovra; la padronanza della meteorologia; la perfetta conoscenza delle normative nazionali ed internazionali inerenti alla navigazione. Il pilota esperto e competente, dunque, gode di un prestigio personale presso gli armatori, le agenzie di navigazione, le Autorità del porto e della città. Il pilota è una specie d'ambasciatore che riceve la nave straniera in anteprima e stabilisce con il suo equipaggio, i primi rapporti d'amicizia, talvolta anche di contrasti, ma pur sempre improntati a proficua collaborazione. Ma il pilota è anche l'ultimo a salutare la nave quando esce dal porto. Il pilota è soprattutto una persona d'esperienza, in spagnolo il pilota si chiama "Pratico". Dopo qualche anno di apprendistato, quando il pilota sale a bordo di una nave, anche se fosse cieco, distinguerebbe la nazionalità della nave che sta assistendo dall'odore dell'equipaggio, dagli interni della nave, dalle vibrazioni del motore; e quindi capirebbe immediatamente tutto ciò che gli serve per la manovra.

3. L'attuale disciplina normativa del pilotaggio; le novità introdotte dalla L. 1 dicembre 2016, n. 230.

Come è noto la disciplina del servizio di pilotaggio (per la navigazione marittima) è contenuta negli artt. 86-96 cod. nav. e negli artt. 983 e segg. del regolamento di navigazione marittima. Tale attività è stata riservata, dal legislatore italiano, ai piloti pratici riuniti in corporazioni, le quali hanno la funzione, di pubblico interesse, di garantire un sicuro approdo in porto alla nave, evitando sinistri lesivi dell'incolumità delle persone e dell'integrità di beni privati. Le corporazioni devono poter assicurare questo imprescindibile servizio, così che – in caso di necessità – *“il comandante del porto ove ha sede la corporazione può autorizzare il capo pilota o il commissario straordinario ad assumere in servizio provvisorio marittimi idonei al pilotaggio”*, così come disposto dall'art. 116 reg. nav. mar. Tale disciplina è caratterizzata da un' *“elevata commistione di elementi pubblicistici e privatistici”*, tali per cui le corporazioni dei piloti rappresentano, per comune consenso, un istituto peculiare del diritto della navigazione. E' stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 295 del 19 dicembre 2016 la Legge n. 230 del 2016, recante *“Modifiche al codice della navigazione in ma-*

teria di responsabilità dei piloti dei porti e disposizioni in materia di servizi tecnico – nautici” ed è entrata in vigore il 1 gennaio 2017. La legge in questione apporta modifiche al regime del pilotaggio marittimo, intervenendo sugli articoli 89, 93 e 94 del Codice della Navigazione. La legge *de qua* nei tre articoli di cui si compone – ha apportato importanti *“Modifiche al codice della navigazione in materia di responsabilità dei piloti dei porti”* recando ulteriori *“Disposizioni in materia di servizi tecnico-nautici”*. Con riferimento al nuovo regime di responsabilità dei piloti, l'art. 1 della legge in commento ha abrogato l'art. 89 e modificato radicalmente gli artt. 93 e 94 del codice della navigazione, ampliando il novero dei casi di responsabilità del pilota e ponendo fine al meccanismo di responsabilità solidale della corporazione dei piloti vigente nel sistema ormai *“superato”*. In estrema sintesi, fino all'avvento della riforma, il pilota rispondeva dei soli danni subiti dalla nave durante l'attività di pilotaggio e tale responsabilità era *“coperta”* solidalmente dalla corporazione dei piloti di riferimento, la quale si faceva carico del risarcimento dei danni causati dal proprio membro nei limiti della cauzione prestata ai sensi del *“vecchio”* art. 89. Per effetto della riforma, la responsabilità per i danni causati nell'esercizio dell'attività di pilotaggio diventa personale in capo ai singoli piloti, i quali rispondono in proprio fino a concorrenza dell'importo complessivo di un milione di euro per ciascun evento, indipendentemente dal numero di soggetti danneggiati e dai tipi di sinistro occorsi (nuovo art. 93); i singoli piloti, inoltre, sono ora soggetti all'obbligo di stipula di un contratto di assicurazione di responsabilità civile avente un massimale di pari entità (nuovo art. 94). L'obbligo di stipula della copertura r.c. in capo a ciascun pilota si traduce nella necessità di deposito del contratto di assicurazione presso la sede della propria corporazione al fine di consentire il controllo dell'autorità marittima su validità ed idoneità della polizza, in difetto delle quali al pilota sono preclusi l'esercizio o la prosecuzione dell'attività di pilotaggio. Acquista notevole rilevanza pratica l'ultimo comma del novellato art. 93, che esclude l'applicazione del limite di responsabilità di un milione di euro nei casi di dolo o colpa grave del pilota. Sul punto sarà interessante osservare la tendenza giurisprudenziale che si svilupperà nei prossimi anni. Altra novità di rilievo introdotta dalla riforma, come detto, attiene all'ampliamento del novero dei casi di responsabilità nascenti dall'esercizio dell'attività di pilotaggio per inesattezza delle informazioni fornite, atteso che il pilota è passibile di responsabilità non più soltanto per i danni causati alla nave (come accadeva nel precedente regime) bensì per i danni alla nave, alle persone o alle cose. Come è facile intuire, anche il superamento del limite *“oggettivo”* della responsabilità civile dei piloti potrà avere notevoli implicazioni pratiche. L'art. 2 della l. 230/2016 costituisce una mera norma di raccordo tra vecchio e nuovo regime, in quanto demanda al Governo l'adeguamento delle disposizioni rilevanti del *“Regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione”* al contenuto della riforma in esame: tra le modifiche più evidenti, coerentemente con quanto appena visto, il superamento del sistema del versamento della cauzione da parte della corporazione dei piloti e l'introduzione della disciplina specifica volta a regolare l'obbligo di stipula e deposito di polizza r.c. da parte di ciascun pilota. L'art. 3 della l. 230/2016, infine, ha ampliato e specificato la definizione dei servizi tecnico-nautici: in via generale viene introdotta l'obbligatorietà di tali servizi, sebbene le singole Autorità marittime possano decretare, nelle rispettive aree di competenza, quali di essi siano obbligatori. Il campo di applicazione dei servizi tecnico-nautici, inoltre, viene definito come comprensivo delle *“strutture d'ormeggio presso le quali si svolgono operazioni d'imbarco o sbarco di merci e passeggeri, come banchine, moli, pontili, piattaforme, boe, torri, navi o galleggianti di stoccaggio*

temporaneo e punti di attracco, in qualsiasi modo realizzate anche nell'ambito di specchi acquei esterni alle difese foranee". La riforma è stata accolta con estremo favore da Federpilotti, l'associazione di categoria dei piloti, che ha definito la l. 230/2016 "una legge attesa dalla categoria da diversi anni e che ha visto impegnata la Federazione Italiana dei Piloti dei Porti assiduamente nell'ultimo anno, supportata da personalità politiche estremamente attente ai veri problemi e che ha saputo cogliere l'inadeguatezza di alcune norme. L'approvazione di queste nuove norme ha inoltre evidenziato ancora una volta la grande sintonia negli intenti oltre che la profonda stima reciproca tra la Federazione ed Comando Generale delle Capitanerie di Porto Guardia Costiera".

Note:

(1) Non esiste nella normativa italiana una specifica definizione dei vari servizi tecnico-nautici. La corretta definizione di servizi tecnico-nautici ancillari alla navigazione è stata coniata da S.M. Carbone - F. Munari, *I servizi portuali ancillari tra esigenze di sicurezza e regole di mercato*, in *Dir. Mar.*, 1995, p. 941 ss., e successivamente adottata in dottrina e in giurisprudenza. Degli stessi Autori, si consulti anche, *I servizi tecnico-nautici di pilotaggio, rimorchio, ormeggio e battellaggio nei porti. Profili giuridici*, in *La regolazione dei servizi tecnico-nautici*, di Carbone, Gobbo, Munari, Pozzi, Milano, 2004, p. 14 ss. Solo per quanto riguarda il pilotaggio, la sua nozione può essere implicitamente ricavata dall'art. 92 cod. nav. che, nell'indicare le attribuzioni del pilota, specifica che egli "suggerisce la rotta e assiste il comandante nella determinazione delle manovre necessarie per seguirla". Per ricavare la definizione degli altri servizi tecnico-nautici può invece essere utile far riferimento alla giurisprudenza. In particolare: a) il servizio di rimorchio è stato ritenuto dal T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. III, 31 marzo 2001, n. 588, *Tourship Ferry Boat S.p.a. ed altri c. Capitaneria di porto di Messina, Ministero dei trasporti e della navigazione ed altri*, (sentenza pubblicata nel sito web <http://www.giustizia-amministrativa.it/> e massimata in *T.A.R.*, 2002, I, p. 2029) quale servizio "giuridicamente e concettualmente circoscritto alle operazioni mediante le quali un apposito mezzo nautico (rimorchiatore), con l'impiego della propria forza di propulsione, coopera allo spostamento, nell'ambito del porto, di una nave o di altro mezzo galleggiante mediante trazione o spinta". Analogamente il T.A.R. Lazio, Sez. III, 7 ottobre 1994, n. 1844, *Soc. Fina Italiana ed altro c. Ministero marina mercantile e Soc. Se.mar.po*, in *T.A.R.*, 1994, I, p. 3956, ha affermato che il servizio di rimorchio consiste "nella cooperazione prestata da un mezzo navale, il quale impiega la propria forza propulsiva per agevolare la manovra del natante rimorchiato mediante trazione o spinta del medesimo". In dottrina: G. Berlingieri, *Rimorchio*, Trattato di Responsabilità contrattuale - I contratti, Vol. II, Padova, 2009. b) Il servizio di ormeggio, secondo il Consiglio di Stato, Sez. II, parere 30 agosto 1996, in questa *Rivista*, 1998, p. 1124 ss., si sostanzia "nella posa, nel trasferimento o nel rilascio dei cavi che legano la nave alla terra ferma o alle boe in maniera tale da rendere sicura l'operatività e la permanenza in porto della nave e da non arrecare danni alle altre navi ed alle opere portuali". c) La definizione di battellaggio può essere ricavata da una pronuncia della Corte di Cassazione in cui è dato leggere che questo servizio consiste "nella condotta di mezzi adibiti a servizi attinenti al traffico nell'ambito del porto"; così Cass., Sez. III, 24 gennaio 2000, n. 746, *Gruppo barcaioli porto di Augusta S.r.l. c. Capitaneria porto di Augusta e Cardile Bros Sicily s.r.l.*, in questa *Rivista*, 2002, p. 527. La sentenza della Suprema Corte è altresì pubblicata in *Dir. trasp.*, 2002, p. 177 ss., con nota di P. Portacci, *Il diritto di produrre il servizio di battellaggio per conto proprio tra libertà costituzionale di iniziativa economica e disciplina antitrust italiana* ed in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1007 ss. con nota di M. Grigoli, *Il diritto di produrre il servizio di battellaggio*. In dottrina si vedano M. Casanova, M. Brignardello, *Riflessioni sui servizi tecnico-nautici alla luce della giurisprudenza*, in *Dir. Mar.*, 2009, p. 313 ed *ivi* ampi riferimenti giurisprudenziali; F. Munari, *The Impact on Technical-Nautical Services of the Second Proposal for a Port Services Directive*, in questa *Rivista*, 2006, p. 48;

C. Pozzi, *Modelli di concorrenza, regolazione ed efficienza nei mercati dei servizi tecnico-nautici*, in S.M. Carbone - F. GOBBO - F. Munari - C. Pozzi, *La regolazione dei servizi tecnico-nautici*, Milano, 2004, pag. 178; S.M. Carbone - Munari, F. *I servizi portuali ancillari alla navigazione tra esigenze di sicurezza e regole del mercato*, in *Dir. Mar.*, 1995, pag. 976 ss.; G. Berlingieri, *Recenti pronunzie dell'Autorità Giudiziaria Italiana sull'accesso ai servizi portuali ancillari alla navigazione*, Conferenza dell'Associazione Croata di Diritto Marittimo sul Demanio marittimo in Croazia, la legislazione portuale ed altri temi rilevanti in materia di diritto marittimo e dei trasporti, Lussinpiccolo 28-29 maggio 2015.

(2) M.L. Corbino, *I contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile*, Padova, 1978.

(3) Sulla figura del comandante si vedano U. La Torre, *Comando e comandante nell'esercizio della navigazione*, Napoli 1997; ID, *Comandante di nave o aeromobile*, in *Dizionari del Diritto Privato*, promossi da N. Irti - Diritto della Navigazione a cura di M. Deiana, Milano, 2010, p. 94 e ss.; E. Spasiano, *Comandante di nave e dell'aeromobile*, voce in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 688 e ss.; F.A. Querci, *La figura giuridica del comandante di nave e di aeromobile*, Milano, 1964; M. Dardani, *Comandante della nave e dell'aeromobile*, voce in *Noviss. Dig. It., Appendice*, Torino, 1981, p. 37 e ss.; M. Grigoli-Moscatt, *Comandante della nave e dell'aeromobile*, in *Digesto Discipline Privativistiche*, Sez. Comm., Torino, 1988, p. 138 e ss.; G. Righetti, *Trattato di diritto marittimo*, Parte I, Tomo 2, Milano, 1999, p. 1794 e ss.

(4) G. Righetti, *Trattato di diritto marittimo*, cit. alla nota n. 3.

(5) Si sta assistendo in questi ultimi anni ad una penetrazione elettrica sempre maggiore in campo navale, e di conseguenza all'aumento della potenza elettrica in gioco. Il sistema elettrico navale è autonomo e indipendente dal mondo esterno, si ha pertanto la presenza a bordo di tutto ciò che è necessario per il funzionamento di tale impianto, come organi di generazione, di trasmissione, di distribuzione ed infine d'utilizzazione e sul punto si vedano A. Cogliolo, G. Rebaudengo, *La regolamentazione del RINA relativa agli impianti elettrici in alta tensione ed agli impianti di propulsione elettrica a bordo di navi. Atti della giornata di studio: Propulsione e sistemi elettrici in ambito navale*, Genova, 1994.

(6) S. Curtis, *The law of shipbuilding contract*, London, 2002, p. 242.

(7) Lo scrittore J. Conrad, uomo di mare, ha definito il pilota come "trustworthiness personified", ovvero l'attendibilità in persona: questo deve essere l'ideale di ogni pilota.

(8) Si consultino: C.A. Milanese-G. Riccardelli, voce *Pilotaggio*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 89 ss.; L. Tullio, *Pilotaggio*, in *Enc. dir.* XXXIII/1983, Milano, p. 860; G. Righetti, *Trattato di diritto marittimo*, Milano, 1999; S. Crisafulli Buscemi, *Pilota pratico, corporazione dei piloti, contratto di pilotaggio*, Padova, 1932, e ultimo aggiornamento 2001; Lucenteforte L., *Il pilotaggio marittimo*, Napoli, 1995; G. Cottignola, *Studi sul pilotaggio marittimo*, Milano, 2003; G. Berlingieri, *Pilotaggio*, Trattato di Responsabilità contrattuale - I contratti, Vol. II, Padova, 2009.

(9) C. Enrico, *Il lavoro marittimo fra ordinamento comunitario e tutele nazionali*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, Vol. I, p. 475, Genova, 2010; A. Biagi-V. Avegno *Il rapporto di lavoro nautico dal codice della navigazione alla legge Fornero: spunti di riflessione*, in questa *Rivista*, 2014, p. 172.

(10) F. Berlingieri, *Armatore ed esercente di aeromobile*, voce del Novissimo Digesto Italiano, Vol. I, p. 957, e Appendice A-Cud, p. 404, Torino, 1957.

(11) Sulla natura giuridica della corporazione dei piloti si rinvia alla interessante sentenza Cass., Sez. Lav., 7-VII-2014, n. 15451, C.R. c. *Corporazione piloti dello Stretto di Messina*, in questa *Rivista*, 2015, p. 190, con nota di S. Campogrande, *Il rapporto fra il pilota e la corporazione di appartenenza ha natura associativa ed è incompatibile con un rapporto di lavoro subordinato*; Si vedano inoltre G. Pescatore, *La corporazione dei piloti*, Milano, 1942, p. 97 e ss.; E. Fogliani, *La natura della corporazione dei piloti e del rapporto fra piloti e corporazione*, in *Dir. Trasp.*, 1988, p.158; S. Zunarelli - M.M. Comenale Pinto, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, Padova, 2013, p. 513.

(12) Libro II, Titolo IV, Del contratto di arruolamento; Capo I, Della formazione del contratto, artt. 323 e ss. cod. nav.; C. Cardillo, *Il rapporto di lavoro nautico*, Padova, 1998; C. Enrico, *Il contratto di arruolamento*, Padova, 1990 e la dottrina e giurisprudenza *ivi* richiamata; G. Pescatore,

La specialità della disciplina dei rapporti di lavoro nautico e suoi limiti costituzionali, in *Vita not.*, 1993, p. 671; M. Comenale Pinto, *Il contratto di arruolamento nel diritto della navigazione*, in questa *Rivista*, 2014, p. 275.

(13) Tale contratto è stato assimilato a quello di arruolamento, in considerazione dell'inserimento del pilota tra l'equipaggio (art. 316 cod. nav.), in qualità di primo ufficiale. Vi è altresì l'assenza di vincolo di subordinazione tra armatore e pilota, ragion per cui, stante la natura privatistica del rapporto, quest'ultimo si inquadra nella fattispecie del contratto d'opera ex art. 2222 cod. civ. e si consulti a tal fine P. Rescigno, *Trattato di diritto privato, obbligazioni e contratti*, Vol. X, Torino, 2008.

(14) F. Berlingieri, *Le convenzioni internazionali di diritto marittimo e il codice della navigazione*, Milano, 2009.

(15) G. Camarda, S. Corrieri, T. Scovazzi, *La formazione del diritto marittimo nella prospettiva storica*, Milano, 2010.

(16) M. Sirago, *Le proposte di Matteo Angelo Galdi per la scuola nautica del Piano Sorrento*, in "*Rivista Italiana di Studi Napoleonici*", 2009, I – II (finito di stampare nel 2013), pp. 285 – 303.

(17) Sul punto si rinvia a Federazione Italiana Piloti dei Porti, Cinquantenario (1947-1997), con presentazione di S.M. Carbone, Genova, 1997.

(18) L. Giustiniani, *Nuova Collezione delle Prammatiche del Regno di Napoli*, Napoli, nella Stamperia Simoniana, 1803- 1808, tomo VIII, De nautis et Portibus, pp. 1-75, Prammatica X, agosto 1751; Prammatica XI, 16/12/1751; Prammatica XIV, 19/3/1759. Per una visione d'insieme cfr. anche R. Salvemini, *Studiare per il mare. Formazione e istruzione degli uomini di mare tra Sette e Ottocento*, in A. M. Casiello, a cura di. Per recuperare la memoria marinara di Napoli, Atti del Convegno Nazionale di Studi Museo del Mare di Napoli 17 Aprile 2009, Napoli, Edizioni Scientifiche Artistiche, 2010, pp. 115-133, pp. 116 ss. e *Istruzione nautica nell'Italia pre-unitaria*, in M. Mafri C. Vassallo, a cura di, *Sguardi mediterranei tra Italia e Levante (XVII-XIX secolo)*; Infine si vedano gli atti della conferenza Mediterranean Maritime History Network (MMHN), 3rd MMHN Conference, Izmir 4-7 May 2010, Malta, 2012.

(19) D. A. Vario, *Pragmaticae edicta decreta interdica regia eque sanctiones Regni Neapolitani*, Napoli, Sumptibus Antonii Cervonii, 1772, vol. II, pp. 582 ss., tit. CLIV, n. IX.

(20) A. Formicola – C. Romano, *Barche e bastimenti tirrenici. I principali tipi di imbarcazioni in uso nel Mezzogiorno d'Italia tra il XVIII e il XIX secolo*, in *Rivista Marittima*, 1992, pp. 31-53.

(21) G. DITARANTO, *I Monti dei padroni di imbarcazioni e dei marinai*, negli Atti del Convegno *Corporazioni e Gruppi Professionali nell'Italia Moderna*, Roma 26-27 settembre 1997, Milano, 1999, pp. 589-600.

(22) Sul punto si consulti l'indirizzo http://www.itnipia-ducabruzzo.gov.it/attachments/article/93/LIBRO_POF_2012-2013.pdf.

(23) Con R.D. 25 giugno 1865, n. 2360, venne pubblicato il Codice per la marina mercantile, che entrò in vigore il 1° gennaio 1866.

(24) Apparso gravato da un rigido impianto pubblicistico, il Codice fu fatto oggetto di critiche e di proposte di revisione: tuttavia, solo il 17 aprile 1875 il Ministro della Marina Simone de Saint-Bon, di concerto col Guardasigilli Paolo Onorato Vigliani, presentò al Senato un progetto di riforma parziale, che fu esaminato da una Commissione nominata ad hoc. Emendato, il testo fu proposto all'esame dell'Aula nel giugno 1875, accompagnato da relazione. Raggiunti i termini della sessione parlamentare, solo nel marzo 1877 il Senato poté approvare il progetto e lo trasmise alla Camera dei deputati, che lo licenziò dopo breve discussione nel maggio seguente. Il Codice fu così promulgato con R.D. 24 maggio 1877, n. 3919 (serie 2.), poi sotto forma di Testo unico (l. 24 ottobre 1877, n. 4146) e venne integrato dal Regolamento di esecuzione (R. D. 20 novembre 1879, n. 5166).

(25) Sul punto si veda F. Berlingieri, cit. alla nota n. 40.

(26) In base agli articoli 16 e 18 della Legge 84/94, le operazioni portuali di carico, scarico, trasbordo, deposito, movimento delle merci in genere ed i servizi servizi complementari ed accessori a queste opera-

zioni che si svolgono nell'ambito portuale sono espletate per conto proprio o di terzi da apposite imprese (terminalisti e imprese per operazioni o servizi portuali), che devono possedere determinati requisiti tecnico-organizzativi, di professionalità degli operatori, capacità finanziaria e devono presentare un programma operativo. Si consultino S.M. Carbone, *Principi comunitari della concorrenza e traffici marittimi: il presente e le prospettive di sviluppo*, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 463; M. Casanova- M. Brignardello, *Diritto dei trasporti, Infrastrutture e accesso al mercato*, Milano, 2004; B. Nascimbene, *Diritto di stabilimento e libera prestazione di servizi delle compagnie marittime europee*, in questa *Rivista*, 1989, p. 39; S. Zunarelli, *Trasporti marittimi (organizzazione internazionale dei)*, voce in *Enc. del Dir.* XLIV, 1992, Milano, p. 1139.

(27) In argomento vedi C. Angelone, *Le nuove funzioni del Comune sul demanio marittimo e nel mare territoriale: modalità di esercizio e profili applicativi*, in *La gestione del demanio marittimo, dallo Stato, alle Regioni, ai Comuni*, Milano 2002, p. 21 e ss., che pone in evidenza il processo evolutivo che ha caratterizzato la disciplina dei beni demaniali marittimi negli ultimi dieci anni, e, segnatamente dal 1993, che segna il passaggio ad una più ampia applicazione dell'istituto concessorio, in materia di utilizzazione del demanio marittimo; M. Casanova, *Considerazioni sulla demanialità dei porti*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, Vol. I, Genova, 2010, p. 319.

(28) Sulla fattispecie contrattuale *de qua* e per una disamina più accurata delle problematiche ad esso correlate si vedano *ex plurimis* A. Antonini, *Il contratto di ormeggio*, in *Dir. Trasp.*, 1989, p. 202; ID, *Il contratto di ormeggio*, in questa *Rivista*, 1999, p. 1069; A. Claroni, *Il contratto di ormeggio nella portualità turistica*, Bologna, 2004; C. Tosaratti, *Il contratto di ormeggio fra interessi privati e interessi pubblici*, in *Dir. Trasp.*, 2006, p. 260; C. Tuo, *Il contratto di ormeggio al vaglio della Suprema Corte: considerazioni intorno alla struttura minima essenziale*, in questa *Rivista.*, 2006, p. 499; M. Badagliacca, *Il contratto di ormeggio*, in questa *Rivista*, 2014, p. 229; F. Cugurra, *Limiti dell'oggetto del contratto di ormeggio*, in questa *Rivista*, 2014, p. 509.

(29) Non è questa la sede per descrivere la fattispecie del contratto di rimorchio e si rinvia a L. Tullio, voce "*Rimorchio (contratto di)*", in *Enc. giur.*, Vol. XXVII, Milano, 1991; G. Righetti, *Trattato di diritto marittimo*, 1999, Vol. I, 1, pag. 887 ss. L'Autore effettua una rassegna delle principali definizioni dottrinarie del fenomeno del rimorchio, evidenziando la difficoltà di riuscire a pervenire ad una definizione generale e onnicomprensiva.. Si consulti anche, U. LA Torre, *Riflessioni sul contratto di rimorchio*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, Genova, 2010, p. 664 ss.; G. Berlingieri, *Rimorchio*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, Milano, 2009, p. 1105 ss., rileva che le caratteristiche e la prestazione assunta dal rimorchiatore nel rimorchio portuale e nel rimorchio d'altura sono nettamente distinte tra loro. Il primo ha "*la funzione di servire di ausilio all'entrata delle navi nel porto, al loro accosto alla banchina alla quale devono ormeggiarsi, al loro disormeggio e alla loro uscita dal porto. ... il rimorchio di altura ha la funzione di trasferire l'elemento rimorchiato e il suo eventuale carico da un luogo ad un altro in quanto l'elemento rimorchiato è privo di propri mezzi di propulsione o non ha mezzi di propulsione adeguati al trasferimento*". Invero, il Codice distingue tra il contratto di rimorchio in cui sia stata fatta consegna degli elementi rimorchiati al rimorchiatore e il contratto nel quale, invece, questa consegna non sia avvenuta. *Ex multis*, F. Siccardi, *Studi sul contratto di rimorchio*, in questa *Rivista*, 1990, p. 659. Si vedano ancora M. Deiana, *Il contratto di rimorchio*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, vol. II, a cura di A. Antonini, Milano, 2008; A. Lefebvre-M. D'Ovidio-G. Pescatore-L. Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2016.

(30) Sul punto si veda il fondamentale scritto di F. Munari, *I primi quindici anni della L. n. 84/1994. Esperienze, valutazioni e alcuni suggerimenti*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, Vol. II, Genova, 2010, p. 766.

Recensioni e segnalazioni

Michele Marchesiello

FELICITÀ? 41 VARIAZIONI SULLA FELICITÀ.

ESI, Napoli, 2016, pp. 202.

*Un biglietto per Shangri – La (via Tranai), per favore e quanto costa? Sulle tracce degli “orizzonti perduti” e alla ricerca di una (im) possibile felicità, tra diritto, letteratura, musica, filosofia ed etica (o estetica?) della condivisione. Un nuovo “Trattato di saper vivere ad uso delle giovani generazioni”.**

Recensione di Roberto Negro

Sommario: 1. Pre – nota. Perché Celine e Gomez Davila? – 2. Il volume: struttura contenuto e forma. – 3. Le “nuove” operette (im)morali di Michele Marchesiello e le “relazioni pericolose” tra diritto e felicità. – 4. Il viaggio come metafora di una ricerca ininterrotta e di una aspirazione alla con – divisione del mondo. – 5. Felicità difficile tra privato e pubblico. – 6. Una definizione della felicità è possibile?. – 7. Il filisteo, anche se filosofo, (in)felice. – 8.

*Un titolo così particolare (o meglio, “inusuale” per una Rivista giuridica), necessita di qualche precisazione, almeno per un doveroso senso di rispetto per l'autore del libro recensito e per il lettore, fosse anche, solo, del presente scritto. *Shangri – La* è il piccolo occulto “paradiso” nascosto in qualche sperduta valle tibetana, che viene intravisto, raggiunto e perso, nel libro “Orizzonte Perduto”, di James Hilton e nell'omonimo film di Frank Capra (e si aggiunga, per chi fosse interessato, che il titolo contiene, anche, un cenno all'album “Orizzonti Perduti”, di Franco Battiato); *Tranai* è il felice pianeta, di cui non esistono cartografie spaziali o cronografie temporali o atlanti interstellari, immaginato da Robert Scheckley, nel racconto “Un biglietto per Tranai”, pianeta in cui la felicità di tutti è pienamente raggiunta, e con costi modesti, ma ad un “prezzo” tale da indurre il protagonista a ritornarsene sulla Terra, prima possibile. Il “Trattato di saper vivere ad uso delle giovani generazioni”, dubitosamente citato, è un doveroso omaggio al quasi dimenticato Raoul Vaneigem ed un implicito riferimento alla abilità letteraria ed alla approfondita e piacevole – e mai meramente didattica o fine a se stessa – erudizione di Michele Marchesiello, che, in un testo relativamente breve, è riuscito ad inserire svariati cunei e preziose annotazioni (quali, ad esempio, la citazione di “Ognuno”, di Hugo von Hofmannsthal, nonché il cenno alla “Modesta difesa delle case di piacere” del Mandeville o il ricordo della visita straniata e stranante alla casa romana di Mario Praz, ormai quasi “deprivata” dell'aura del suo scomparso abitatore, l'accento allo scritto di Wystan H. Auden sulla “celebre e curiosa affermazione”, contenuta nella Dichiarazione di Indipendenza americana, sull'esistenza di un diritto inalienabile alla “ricerca della felicità”, ovvero, ancora, il riferimento al poemetto di Lewis Carroll, sulla “Caccia allo Snark. Un'agonia in otto riantoli”); qui mi riferisco, in particolare, al concetto di “sprezzatura”, ri – preso da Baldassar Castiglione, e che starebbe a significare quell'arte di saper comportarsi con semplice e naturale (ma nello stesso tempo sapiente), disinvoltura, che dovrebbe caratterizzare il tratto del gentiluomo e di chi aspiri ad una “equilibrata” felicità, tralasciando l'inutile, il superfluo, l'eccessivo, l'insignificante e ciò che è di ostacolo all'esistenza o che l'appesantisce oltremodo; Marchesiello ci prospetta una specie di “Galateo colto” o di “Galateo etico”, che, come tale, dovrebbe interessare (anche) le nuove generazioni, che paiono, invece, aver perso l'abito alla sprezzatura ed acquisito quello della nichilistica superbia dell'inconsistenza e pervenute, inoltre, ad una delle tante “pseudo – religioni postmoderne” del consumo coattivo del “nulla”, in una sorta di continuo, incessante e gigantesco, eterodiretto, “spettacolo”, nel significato dato alla parola da Guy Debord. O, forse, l'autore ci ha voluto presentare un nuovo “Manuale di sopravvivenza”, come già diversi anni fa, scritto da Giorgio Cesarano? Senza contare il fatto che di fronte ad una sopravvivenza “inautentica” e, quindi, infelice, Cesarano aveva esercitato l'opzione per una “autentica” non sopravvivenza (e, magari, in consonanza con quanto scritto da Ernst Junger nel misterico e misterioso saggio sulla “Elusione” in “Il cuore avventuroso”). Il commento che segue dovrà, pertanto, intendersi come una modestissima esposizione esegetica di alcuni punti, che si ritengono “essenziali”, del lavoro di Marchesiello, senza alcuna pretesa di sistematica esaustività; il che è (forse) un'esegesi anomala ed inconsueta, ma, crediamo, in possibile sintonia con il pensiero dell'autore, che ha voluto offrire, quasi come un regalo, un “saggio”, magari a – sistematico, ma, “assolutamente”, non banale, e, come tutti i doni inaspettati, felicemente trovato, pervenuto o ritrovato. E se poi l'esegesi è, in sostanza, del tutto “frammentaria”, vorrà dire che si sarà, una volta di più, in accordo con l'autore stesso, come dice Marchesiello, infatti: “il frammento è il metodo”.

La “Costituzione” della felicità. – 9. Diritto di essere felici? – 10. Felicità comunità convivialità. – 11. Una lunga confessione tra ricordo e memoria. – 12. Conclusione: un lungo addio o un tardo sguardo? La danza di Shiva come trasparente simbolo delle “illusioni perdute dell'Occidente”, con tre corollari finali.

Se mai grazia fu chiesta ad Arimane, concedimi ch'io non passi il 7 lustro.

Giacomo Leopardi (Inno ad Arimane)

E' il nascere che non ci voleva.

Louis – Ferdinand Celine (Morte a credito)

I veri problemi non hanno soluzione ma storia.

Nicolas Gomez Davila (Tra poche parole)

... sono un uomo felice, lo confesso.

Roberto Vecchioni (Blumùn)

Certamente avrai portato, da quel lontano paese, un diamante o una turchese per noi che siamo rimasti qua!

Francesco De Gregori (Eugenio)

... e da quei viaggi avrai una ruga in più, ma anche un po' di gioventù.

Paolo Conte (Uomo camion)

1. Pre – nota. Perché Celine e Gomez Davila?

Nel recensire un'opera di particolare importanza (e, per alcuni “aspetti”, anche, non del tutto usuale), quale è il lavoro di Michele Marchesiello dal titolo “Felicità? 41 variazioni sulla felicità”, si può incorrere in un duplice pericolo; da una parte, infatti, si corre il rischio di “banalizzare” concetti che sono, invece, esattamente il contrario dell'apparentemente ovvio, dall'altra, di trascurare analisi, altrettanto essenziali; per evitare tali rischi, si ritiene opportuno far presente che il recensore si è limitato ad una sommaria indicazione di “temi” che si ritengono cruciali, anche se, magari, per individuali propensioni, del tutto soggettive: per evitare ogni equivoco, allora, sarebbe, se non necessaria, almeno opportuna, una diretta lettura del volume. Peraltro, a migliore precisazione, si deve osservare che la citazione “celiniana”, che viene posta allo inizio del paragrafo (tratta da “Morte a credito”), (1) è da intendersi quasi come fosse una sorta di “rovescio della medaglia”, rispetto alle teorie di Michele Marchesiello (che è un “pessimista positivo”, tutto sommato), sulla ricerca della e/o sulla felicità, da un punto di vista (anche), ma non solo, giuridico, ed inoltre, quale “esercizio di variazione”, quasi musicalmente in controcanto, con il dipanarsi dell'esposizione marchesieselliana; l'autore tratta la materia del volume, sia come giurista, sia come “testimone dei tempi” ed infine, *last but not least*, come pregevole scrittore (e non solo di temi a carattere strettamente giuridico), specie quando si “esercita” sulle tematiche del ricordo, della memoria e del viaggio, che, guarda caso, sono i motivi prediletti, la *petite musique* o i *puntini di sospensione del metrò emotivo* di Celine; con la sola differenza che Celine è un nichilista del viaggio, che finisce, infatti, solo al termine della notte, mentre il viaggio di Marchesiello è “dovuto” dalla “ne-

cessità” della ricerca continua, quasi “*un’opera aperta*”, alla scoperta del “nuovo”, che, almeno per un momento, consola ed ammalia; e ciò può spiegare il perché dell’accostamento di un viaggio al termine della notte, che è il titolo del primo romanzo di Celine, (2) con il viaggio (o i viaggi), anche di carattere, in senso lato, “giuridico”, alla ri - scoperta del diritto “americano” sulla “felicità”, (3) di Michele Marchesiello. Ma, in definitiva, Marchesiello, che è sia un ottimo scrittore, ma anche un attento giurista, sa benissimo quanto è importante *la ricerca*, se non altro, per riaffermare “*l’eminente dignità del provvisorio*”, (4) al di là delle (presunte) certezze del diritto. Se il viaggio di Celine è quello di un nichilista disilluso, il viaggio alla ricerca della felicità di Marchesiello, anche *nelle epoche per le istituzioni*, come emerge dal libro recensito, (5) scritto con passione, ma anche con consapevole lucidità, è quello di un attuale “moralista disincantato”. E, però, le riflessioni dell’autore, se sono frutto di attive frequentazioni dei “classici del saggio” (si pensi a Michel de Montaigne, a John Locke o al “*Dizionario filosofico*” di Voltaire), sono, anche, il risultato di una *lunga riflessione* sulla “contemporaneità”. Anche la citazione di Nicolas Gomez Davila è quasi una “*nota dissonante*” col lavoro di Marchesiello; qui siamo di fronte ad un “nichilismo razionale” e gustato fino in fondo, come un buon liquore o un buon caffè, dopo un gradevole pranzo, degustato, centellinato e digerito – il nichilismo – con sapiente e appropriata misura, ben il contrario, quindi, della rabbia o della nausea di Celine! (6) Nel rispetto *alla (solo) asserita* non sistematicità dall’autore del saggio, si dovrebbe dire, visto l’andamento quasi “musicale” dell’opera, che (anche) le variazioni ed i rimandi sono necessari per lo svolgersi armonioso del saggio stesso e, così, completandolo; tutti i paragrafi sono collegati dal *filo rosso* del ricordo e della memoria. Si tenterà, quindi, un approccio “a - sistematico” al volume, ritenendo che i singoli paragrafi possano, già, ognuno, assumere carattere di completezza, con una propria autonomia narrativa, e con il rimando, magari (apparentemente) casuale, con gli altri “frammenti” del saggio. Sono particolarmente importanti, il § 11 (Viaggiare), (7) il § 12 (Il pericolo, la morte), (8) il § 14 (Cacciare, perdersi), (9) il § 18 (Felicità, merce, consumo), (10) il § 25 (Felicità americana, felicità europea), (11) il § 33 (Il tormento della felicità: Schopenhauer e Schreber), (12) il § 37 bis (La “buona Costituzione” della felicità), (13) ed, infine, i §§ 39 e 40 (Su felicità e massa e sulla felicità diventata difficile). (14) Si potrebbe contestare il richiamo a Gomez Davila, ma qui entra in gioco una sorta di “*dissonante consonanza*” in una materia, la ricerca della felicità, ritenuta *un’utopia* dal colombiano e un *progetto necessario* per Marchesiello, il quale, con riferimento al genere letterario “saggio”, nella letteratura italiana e straniera, ha illustrissimi predecessori, anche se modestamente l’autore parla di “prove di saggio” o di “assaggio” della felicità. (15) Chi scrive vuol far presente che (16) il lavoro marchesielliano, sotto il profilo della “ermeneutica giuridica” adottata, tra le altre cose, è un ben riuscito lavoro di “*Diritto e letteratura*”, ma intessuto (anche) di filosofia, musica, etica ed estetica, oltre ad essere una (anche personale) lunga traiettoria di viaggio, nel ricordo e nella memoria. E’ un lavoro, che al di là dell’aspetto di filosofia del diritto e di diritto costituzionale comparato, ed in maniera interdisciplinare, si colloca in quel genere di studi che nel nostro paese viene chiamato “*Diritto e letteratura*” e che, nei paesi anglosassoni, viene definito come “*Law & Literature*” e che esamina e analizza il diritto come appare dalle e nelle opere letterarie e studia le tipologie delle tecniche letterarie usate dai giuristi: tali sono le due *forme* in cui si suddivide la ricerca della corrente “*Law & Literature*” (17) e cioè “*Law in Literature*” (18) e “*Law as Literature*”, (19) di cui la prima esamina come il diritto (20) viene preso in considerazione nelle

opere letterarie e la seconda studia il diritto (meglio i testi giuridici) come una forma di letteratura particolare o come un genere letterario specifico; il volume è una “*mixture*” dei due *sottogeneri* di cui sopra. (21) Il lavoro di Marchesiello ci prospetta un’etica (o forse un’estetica?) del giurista di fronte ai problemi della vita, della libertà e della felicità e della sua ricerca, (22) che, forse, ha come fonte d’ispirazione, ma “in classico contrasto”, l’*“Oracolo manuale e arte di prudenza”* di Baltasar Gracian (23) e può ritenersi come un manuale sul diritto e di diritto, in particolare di quello *sfuggente diritto* che Marchesiello considera come un “diritto primario” e, come tutti i diritti primari, mai completamente attuato od attuabile, che è il *diritto alla ricerca della felicità*; inoltre l’autore esamina, come se si trovasse di fronte ad un particolare genere letterario, le tecniche espositive ed argomentative dei testi legislativi costituzionali e dei giuristi statunitensi, quando trattano dei “principi e diritti fondamentali”: l’autore insiste in particolare, sulla necessità della *comprensione* e della *comprensibilità* proprio dei “testi giuridici” stessi, (24) *da coloro che ne fruiscono o che, talora, li subiscono*. Ed è poi lo stesso autore che nella *surrettizia excusatio*, afferma di non saper bene a quale “categoria” (25) assegnare il testo, e cioè se alla letteratura, alla politica, alla storia, al diritto o alla filosofia: “è un ibrido”. (26) Ma Marchesiello non si limita solo ad un lavoro di esegesi sul concetto di felicità; si chiede, problematicamente, se, nell’epoca del *terrorismo nichilistico perfetto*, abbia ancora senso e significato e sia possibile parlare (oggi) di un’aspirazione alla felicità quando, dopo il *nine eleven*, la felicità, per un “*kamikaze*”, è solo quella di portare con sé alla morte, più vittime, innocenti o meno, possibili; (27) il saggio è, allora, un tentativo di dare una risposta a quelle angosciate ed angosciose domande che tutti, nell’attualità, siamo tenuti e quasi costretti a porci e a porre agli altri e, per usare le parole dell’autore, la guerra è in nessun (ed in ogni) luogo, “mentre il terrorismo è dovunque noi temiamo che sia” e pertanto, l’aver accettato di convivere con il terrorismo e con le restrizioni, di carattere opposto che tale situazione comporta e, quindi, con le possibili restrizioni poste alla ricerca della felicità, il suo “razionamento”, in oggi, rende necessario “tornare ad occuparsi della felicità e del suo corollario, la ‘speranza’, di cui il terrorismo è la *negazione* più perentoria”. (28) Infine “quel desiderio inespresso” dell’autore è proprio quello di rendere condivisibile e, in un certo senso, “conviviale o comunitario”, per dirla con Ivan Illich (autore forse troppo frettolosamente sottovalutato e dimenticato, nonostante le sue, purtroppo, in oggi attuali profezie), e, quindi, comune, ciò che è sempre apparso e presentato come un concetto esclusivamente individuale ed estraneo a considerazioni di carattere politico - giuridico, *la felicità*, appunto.

2. Il volume: struttura contenuto e forma.

Non è semplice recensire un libro che ha un “andamento a tipologia musicale” e, che contiene riflessioni che, ad onta dell’apparente levità dell’argomento, necessiterebbero ben più di una sommaria recensione. I paragrafi, in quanto leggibili ognuno in modo “compiuto”, possono agevolmente essere letti anche senza seguire l’ordine o il *volontario disordine*, dato dall’autore alle sue “variazioni”. (29) In realtà, la assunta non sistematicità dell’opera, costituisce proprio uno dei suoi pregi, perché consente una lettura, a livelli multipli, dei vari argomenti, che, talora, si collegano attraverso l’uso di *flash back*, anche improvvisi, inaspettati e (in)attesi. Comunque, anche con la difficoltà dovuta al fatto che gli argomenti trattati, costituiscono una complessa “rete” di concetti, una suddivisione in blocchi (più o meno omogenei) può essere utile a livello di una sommaria *analisi del testo*: si parte da una breve premessa introduttiva dal titolo “*Excusatio (non petita)*” e da un primo

blocco di tipo metodologico (§§ da 1 a 6), per andare ad un secondo blocco (§§ da 7 a 15), sulle interpretazioni della felicità, ed a un terzo (§§ da 16 a 24), sulla filosofia della felicità, ad un quarto su felicità e diritto (§§ da 25 a 32), ad un quinto dedicato alla felicità come situazione dell'esistenza e sulle sue pre-condizioni (§§ da 33 a 37 bis), ed infine, ad un sesto blocco di argomenti, sulla "concreta" possibilità di raggiungere la felicità e con le conclusioni, cautamente, proposte dall'autore (§§ da 38 a 41). Vengono in mente, se non altro per contrasto, le "Operette morali" di Giacomo Leopardi, "teorico" della infelicità e che considera un vano simulacro proprio quella felicità alla cui ricerca Marchesiello aspira, anche se, magari, con tutte le "incertezze" che il concetto presenta. Il volume è poi, un "invito alla ricerca", sapendo che "non esistono mappe o cartografie" che possono condurci alla felicità: si tratta di "viaggi individuali"; e però la possibilità di tale ricerca presuppone l'esistenza di ordinamenti giuridici o di istituzioni che, se non la agevolino, almeno non la ostacolino: (30) qui sta il "nodo gordiano" della scelta politica che deve portare ad una "buona Costituzione"; in difetto la ricerca della felicità diventa un diritto che può essere fatto valere da chiunque, nei confronti di un ordinamento che la sopprima o la vanifichi, surrogandola con quel consumo vistoso o *conspicuous consumption*, che già Thorstein Veblen riteneva una continuazione dello "stato barbarico". In ogni caso, la modalità usata da Marchesiello nella stesura del volume, che procede con "una serie di saggi" fra di loro non necessariamente direttamente collegati, ha un notevole precedente nella letteratura giuridica italiana; si tratta dei "Frammenti di un dizionario giuridico" del Santi Romano, che utilizza il metodo del "saggio frammentario" per esporre argomenti, solo in apparenza slegati, ma aventi tutti un inesperto filo conduttore e giustificando il metodo scelto con esigenze di carattere di contingenza ed adombrando una sorta di modalità di lettura che ponga a carico del lettore l'incombenza di ritrovare i collegamenti, magari solo indiziari, tra i vari frammenti; il che è poi una tecnica che viene "presentata" da Marchesiello nella preliminare "Excusatio". Il testo, invero, può apparire difficile e certamente inconsueto per dei giuristi, ma sta a noi il prendere confidenza con lo stile e il metodo di Marchesiello, che presenta un testo con numerose citazioni di carattere letterario, musicale, filosofico et cetera, e si avvale del metodo stilistico dell'uso dei "rimandi incrociati" e delle "suggestioni" date dai temi del "ricordo" e della "memoria", spesso presenti (anche tra le righe), nel volume.

3. Le "nuove" operette (im)morali di Michele Marchesiello e le "relazioni pericolose" fra diritto e felicità.

Se si parla di "nuove" operette (im)morali per il libro di Marchesiello, non è perché l'autore sia un nichilista od un immoralista giuridico (ché, anzi, auspica un'etica giuridica condivisa, con riguardo al bisogno di giustizia concreta), ma perché, a differenza dei teorici del pessimismo o dell'ottimismo assoluto, sa bene quanto l'uomo nella società e quanto della società sia imperfetto e, perciò, preferisce esaminare i principi, attraverso l'esperienza dei fatti, "saggiandoli" o "assaggiandoli", in via di metafora; Marchesiello, è ben attento al "vecchio Adamo" che è in tutti noi. Invero, nella struttura, il lavoro marchesielliano segue, proprio come "genere letterario", l'esempio delle "Operette" leopardiane, che sono un insieme di saggi di varia e pessimistica umanità, che paiono slegati tra loro, ma, invece, sono collegati da un filo sottile (e cioè il filo rosso della ricerca e del ricordo) che, nel poeta, è il velo di Maja dell'illusione, mentre, in Marchesiello, che non è un nichilista, ma, invece, un "ricercatore

di felicità" (anche se sa che è una ricerca sempre "sotto possibile scacco"), è la consapevolezza della necessità del "principio speranza", che non deve mai essere abbandonato, proprio, in particolare, dai giuristi. Marchesiello può essere un "pessimista con speranza". E', caso mai, un Leopardi probabilistico, ma non assolutamente pessimista, come l'autore della "Ginestra" o dell'"Inno ad Arimane" o dell'angosciante "Dialogo della natura e di un islandese"; certamente, Marchesiello non è un pessimista della "teologia politica" come Donoso Cortes o un "impolitico della disperazione" come Caraco o Gomez Davila; Marchesiello in antitesi al nichilismo, invece, si auto-presenta quasi come un "Epimeteo laico" (e non come un Epimeteo cristiano, come Carl Schmitt o Konrad Weiss), ma attento a non dimenticare che un diritto "finalmente umano", può offrire a ciascuno il riconoscimento alla ricerca della felicità "jeffersoniano", diritto a ricercare, non diritto ad ottenere, ad ogni costo, la felicità. L'autore è consapevole che il "sonno della ragione (talora) genera mostri", che sono proprio quelli sognati dalla ragione stessa, quando si fa sterile *dis-umanità*. (31) Il discorso sulla felicità non è mai un discorso solipsistico, è una ricerca di un concetto che, pur essendo di "pertinenza individuale", ha bisogno di relazionarsi con l'Altro, ed è frutto di un corretto compromesso tra pubblico e privato; come dice l'autore "la ricerca della felicità sembra finalmente rinnegare il nulla, metterlo in scacco con le sue stesse armi"; è un giusto mezzo tra pubblica e privata felicità. (32) Parlerei, infine, di Marchesiello come di un (im) moralista in quanto il libro è una perfetta descrizione di una società in cui la ricerca della felicità diviene sempre più difficile o difficoltata; e su ciò l'autore è un osservatore imparzialmente critico, ma non sconfitto, perché sa che la ricerca della felicità è antica quanto la società umana. L'autore è orientato verso un'etica laica e, a differenza di tanti suoi predecessori, il saggio di Marchesiello è un'opera non sull'infelicità, ma sulla felicità, o meglio sul suo "desiderio inespresso". Le relazioni tra diritto e felicità, poi, se non pericolose, (33) possono essere estremamente difficili; in questo senso può essere intesa la posizione dell'autore quando insiste sul fatto che la ricerca della felicità necessita, almeno, dell'esistenza di un ordinamento che la preveda, esplicitamente (o implicitamente), e di istituzioni che non la ostacolino; solo un diritto non oppressivo è la *pre-condizione* per l'esercizio del diritto di ricercare la felicità.

4. Il viaggio come metafora di una ricerca ininterrotta e di una aspirazione alla con-divisione del mondo.

"Il viaggio è forse la principale occasione di felicità e..... la più potente metafora della sua ricerca." (34) Il libro, perciò, è denso di ricordi di viaggi e di descrizioni di viaggi, (35) alcuni vicinissimi altri molto lontani, o (forse) solo immaginati. Il viaggio è, allora, una metafora di una felicità sempre cercata, ma solo avvicinata e, quindi è una metafora sui diritti. (36) E in letteratura il viaggio è forse, specialmente per la letteratura americana, un *topos* "classico" e peculiare, che può servire a trovare (anche nell'immaginario giuridico), la via per una possibile ricerca della felicità; basti pensare a Neal Cassady (definito da Allen Ginsberg, come "Adone di Denver" e "autore di un'autobiografia, 'Il primo terzo', che illuminò il Buddha"), a Jack Kerouac (di "On the Road"), e, prima ancora, a Herman Melville, Mark Twain, Jack London o Zane Grey e ad altri; e, per rimanere alle "citazioni inesprese" di Marchesiello, si richiamano, il film "Easy Rider" e il libro "Lo Zen e l'arte della manutenzione della motocicletta": sempre nell'ambito anglosassone, a Rudyard Kipling o Joseph Conrad (ed al romanzo "Cuore di tenebra", da cui era poi stato tratto il film "Apocalypse now" di Francis Ford Coppola) o quelle opere

che sono state definite “Piccole Iliadi sudafricane” di Henry Rider Haggard o il viaggio alla ricerca dell’*“Isola del tesoro”* di Robert I. Stevenson, o, in oggi, ai “viaggi” di Bruce Chatwin. Ed in parte, il volume è anche un resoconto autobiografico di viaggi, arricchiti dall’aura del ricordo. Uno dei motivi che ci spingono a viaggiare è proprio la ricerca della felicità, forse raggiungibile, ma *qui ed ora*, senza aspirazioni ad una felicità infinita ed immutabile, che sarebbe la negazione della felicità, che, invece, va ricercata proprio nel nostro essere sociale e talvolta in opposizione alla società stessa. L’autore fa riferimento proprio alle “*categorie giuridiche americane*” che trovano un collegamento tra il diritto alla possibile felicità ed il diritto al viaggio, alla mobilità ed allo spostarsi ed al muoversi. “Cittadino non è chi come nella vecchia Europa rimaneva chiuso nelle mura della sua città, ma chi affronta il rischio di andarsene e ricominciare da capo”; è il *“right to travel”*, riconosciuto e sancito dalla Corte Suprema. (37) Marchesiello come paradigma del viaggio fa riferimento ad una ascesa ed a una discesa descritte dal Petrarca nella “*Lettera dal monte Ventoso*”; qui viene espressa la sensazione di felicità che dà il raggiungere la cima del monte e l’ulteriore felicità, anche se tutta immateriale, che comporta il ricordo della scoperta del nuovo e che, ancor più, si imprime nella memoria, dopo la discesa dal monte; la felicità qui sta nella introiezione di qualcosa di trascendente, una sorta di *escatologia infra – mondana*, potrebbe dire Max Weber. Petrarca, infatti, scopre, con stupore, la sensazione e la pienezza della felicità nel trovarsi “a tu per tu con il mondo, senza mediazioni”; si rende conto della felicità *donata* dalla libertà. (38) Marchesiello non dimentica, peraltro, che il viaggio può talvolta essere compiuto anche solo in una stanza con il suo arredo (39) o che si possono effettuare viaggi immaginari, tramite il contatto o la visione di oggetti che con il viaggio immaginato hanno qualche relazione, così come accade a des Esseintes in “*A ritroso*”.⁴⁰ Per l’autore, il viaggio è quasi un *atto di condivisione*. Si può viaggiare da soli per affermare la propria felicità, ma, poi, il viaggio necessita della presenza degli altri o dell’Altro da noi (forse, anche solo nella *narrazione condivisa*), perché possa essere fonte o motivo di felicità. E da ciò deduce l’autore che proprio i popoli più liberi rifiutano il “concetto della frontiera”, come limite, anche in mero senso giuridico.

5. Felicità difficile tra privato e pubblico.

Ci si potrebbe chiedere “come” sia possibile “conciliare” la felicità del pubblico e del privato, alla luce della “perfetta tecnica” (o della perfezione della tecnica), *nei tempi del Leviatano*. Secondo Marchesiello a partire dalla Dichiarazione di Indipendenza del 1776, qualunque ne sia l’esito finale, “la felicità è diventata un fatto politico e sociale straordinario”, psicologico, culturale e filosofico. La felicità è in un certo senso sempre in equilibrio tra pubblico e privato, perché non comporta e rifiuta l’egoismo e però “non può essere assicurata solo da un artificio costituzionale” (41). E ciò con una grande consonanza con il pensiero *illichiano*. Uno dei punti cardine della riflessione dell’autore sta nel rapporto, talora difficile, ma non impossibile, tra felicità privata e felicità pubblica; non si deve dimenticare che il diritto alla felicità non è tanto un diritto soggettivo meramente individuale, ma riguarda la sfera politica, in senso ampio, della persona. La parola diritto indica una contrapposizione, mentre la felicità presuppone un rapporto armonico tra noi, gli altri, la natura, l’ambiente. In questo senso la felicità è una sorta di dono *ri – trovato*. Ed allora, per Marchesiello, la felicità è un concetto meta – giuridico in quanto “non dà luogo a nessuna obbligazione, o ricono-

scenza, la stessa sua fonte è oscura, non comporta corrispettivo... né retribuzione o scambio”. (42) Sotto questi aspetti, allora, il lavoro di Marchesiello può, inoltre, anche essere inteso come un’opera di filosofia del diritto e di quel *particolare diritto* che è la ricerca della felicità.

6. Una definizione della felicità è possibile?

Il volume offre la possibilità di vari livelli di lettura, qualificabili (anche) come filosofia del diritto o teoria generale del diritto. E’ forse difficile, e solo con una serie di imprecise approssimazioni, dare una definizione della felicità, o meglio del concetto di felicità, o forse, meglio ancora, si potrebbe descriverne una *fenomenologia*, pur sempre transitoria ed evanescente. Ad esempio, Gomez Davila, altro grande moralista “moderno”, aveva definito la felicità come “*un istante di silenzio tra due rumori della vita*” (43) oppure come “*quello stato della sensibilità in cui sembra che ogni cosa abbia la sua ragione d’essere*”. (44) La felicità (*happiness*) deriva da *to happen* (accadere), (45) ed infatti Jefferson non ha parlato di un diritto alla felicità, ma di un diritto alla ricerca della felicità. Quanto vi sia di “razionalismo illuministico”, in tale affermazione, è tutto da vedere e neppure potrebbe riscontrarsi una grande consonanza di tale posizione di Jefferson, con quelle di Benjamin Franklin. Ma la felicità non pare suscettibile di definizioni, forse perché relativa, e concepibile come *speranza*, ed anche il messaggio di Jefferson ci fa intravedere solo una sorta di “*escatologia nel mondo*” eletta a motore di una intera società e di una nazione che si vengono costituendo come originarie ispirate alla *native grace* di quello che a ragione si era indicato come il *nuovo mondo*.” (46) Ciò spiega perché sia così difficile *fermare in un fotogramma* la felicità; solo i grandi fotografi unendo la tecnica al sentimento riescono a fissarne un timido barlume o un riflesso del bagliore, nella fotografia. Marchesiello, però, tenta alcune approssimazioni al concetto di felicità ed operando delle distinzioni, ad esempio, tra felicità, fortuna, caso (47) o tra felicità, eudemonia, edonismo. (48) Secondo l’autore, infatti, bisogna “imparare a non disgiungere la nostra felicità da quella degli altri”, mentre ciò non rileva in (*con*) riferimento al piacere degli altri, che non ci riguarda; la felicità poi, può essere “ingiusta” perché non è né distributiva, né retributiva ed è anche rivoluzionaria, rispetto ad un’epoca proiettata esclusivamente al piacere e al consumo: la felicità è, infine e perciò, sovversiva.

7. Il filisteo, anche se filosofo, (in)felice.

Esiste poi una felicità filistea, (49) che può essere non solo del “piccolo borghese”, adibito al lavoro improduttivo e parcellizzato, senza alcuna prospettiva, se non quella di conservare un presunto briciolo di potere, ma anche del grande filosofo, quando come un aspirante cuoco per le cucine dell’avvenire, incappa nel disperato e funesto tentativo di dare “ricette” sulla felicità. Marchesiello ricorda il caso di Arthur Schopenhauer con il suo improponibile “*L’arte di essere felici esposta in 50 massime*”, (50) in cui il filosofo, per altri versi pregevole, ci ammannisce una felicità da suddito o da funzionario subalterno o da piccolo borghese che teme i bagni di mare o la montagna, per timore di prendersi un raffreddore; la felicità schopenhaueriana è a prezzo di tali rinunce, sofferenze, disagi e privazioni che parrebbe preferibile, allora, la ricerca dell’infelicità o il rifugiarsi *a vita* in un *Ashram* presso *Lahore!* Marchesiello non ha propensioni particolari per una felicità che derivi da un ascetismo assoluto o fatta di totali privazioni e rinunce, forse un po’ come la pensava Giacomo Casanova, quando si burlava di quel vecchissimo patrizio ve-

nezziano che aveva raggiunto una tale tardissima età privandosi di ogni piacere della vita ed *in primis* di quelli invece ricercati con tanto “*affannosa propensione*”, proprio dal Casanova stesso. Schopenhauer pare preferire all’opposto un ricerca della felicità del tipo: “*Morti di salute*” o “*Sani da morire*”, come negli omonimi film. E così, è infelice Schopenhauer, che ci esorta ad accontentarci della presente, in sostanza, condizione umana, come è infelice Schreber, auto - investitosi di una onnipotente missione salvifica. (51) La terribile deriva del *filosofo filisteo* è quella di sfociare in una ricerca della felicità del tipo di quella oggetto delle ricerche e degli “studi sperimentali” di *Bouvard e Pecuchet*, ovvero ridursi a compilare ricette di cucina per le osterie della felicità dell’avvenire; Schopenhauer, poi, tralasciando il delirio di onnipotenza di Schreber, pare un antico farmacista, intento a preparare pozioni galeniche curative, ma è appena il caso di dire che preparati galenici, decotti, cataplasmi o inalazioni anti congestionanti, non portano alla felicità. Per un esempio del pensiero schopenhaueriano si veda solo, ed a titolo esemplificativo, quanto afferma Marchesiello, su un’attitudine mentale ad essere un suddito tranquillo ed obbediente alle leggi del Sovrano; tutto il contrario di un Max Stirner o di un Novalis o di un Michail Bakunin! (52)

8. La “Costituzione” della felicità.

Il lavoro è *anche* un saggio di diritto comparato: la Costituzione della felicità è intesa invero (e si dovrebbe dire soprattutto), in senso giuridico, come una “buona Costituzione” della felicità intesa in senso *jeffersoniano*, e come norma giuridica, anche solo di “principio”, ma necessaria. La felicità necessita, perché sia ipotizzabile la ricerca della stessa, proprio di una “buona Costituzione”, intesa come insieme di norme che possa offrire ai singoli la possibilità di pervenire ad un abito etico che consista in una libera scelta di vita, quasi un’attitudine quotidiana per la “disponibilità alla speranza”, senza inutili oppressioni e coazioni. (53) E, pertanto, è necessario che l’ordinamento non sia oppressivo: deve essere lieve e teso a coniugare le aspirazioni individuali, per dir così, “*aristocratiche*”, con quelle collettive, per dir così, “*democratiche*”, ma in modo che “possa apparire la grazia nativa (o naturale) del mondo” (54), che porta con sé la promessa della felicità. Non opprimere! Dice l’autore e lo sostiene con una comparazione tra il sistema giuridico americano e quello europeo; il diritto americano sorge come *diritto lieve o mite*, proprio perché nasce in contrapposizione con il sistema oppressivo dell’autoritarismo. Non possiamo a questo punto dimenticare che l’autore, proprio perché ritiene che la felicità non sia un qualcosa di ottriato, ma di conquistato con una ricerca continua da ciascuno, è un estimatore dei principi, sempre attuali, del costituzionalismo americano; guarda con interesse allo *spirito americano* sul diritto, un po’ come Roscoe Pound, quando analizza lo “spirito della *common law*” e dei suoi principi, e dove la “Frontiera” è vista, non come un limite, ma come un punto di partenza, necessariamente da attraversare, per pervenire alla scoperta del nuovo e del diverso e dell’inaspettato, che contengono in sé l’opzione di una, se non probabile, almeno possibile, felicità. (55) Osserva l’autore come si potrebbero prospettare due tipi diversi (forse, *idealtipi* in senso weberiano) di ordinamenti giuridici, che possiamo rintracciare nel diritto che Marchesiello chiama *americano* ed in quello che chiama *europeo*. Il diritto europeo e, quindi, la ricerca della felicità europea ha pur sempre qualcosa di concesso, di ottriato e si collega a *funzioni* che rientrano nei limiti non sorpassabili, dell’ordinamento. Il diritto

americano, e quindi, la ricerca della felicità americana, invece è un diritto aperto, che si rivolge al nuovo, al “*mito dell’Occidente*” (56), sempre da scoprire e dove nessuna autorità e nessun Ente superiore può privarci di quest’aspettativa di possibile felicità, in questo tempo, in questa vita e su questa terra – *hic et nunc* -. In questo senso i *principi costituzionali americani* sono espressione dell’innato bisogno dell’uomo di non provare soggezione e il riconoscimento che l’uomo non è una mera “funzione” subordinata a qualcuno o a qualcosa, ed è questa la radice “*autentica della democrazia americana*”, come avevano mostrato ed indicato già Melville, Whitman, Twain e Dewey, ed in oggi, Rorty e Bob Dylan. (57) Per l’autore, abbiamo “bisogno di un ‘nuovo sublime’ da opporre al vecchio, che ci includa rendendoci fondamento della sua esperienza”, e tenendo presente che la naturale inclinazione alla felicità “richiede un senso di comunione e compiutezza del sé con il mondo. La felicità non ammette divisioni, steccati, privilegi o integralismi... Dove questi appaiono... là vengono messe in scacco, non solo la ricerca della felicità, ma anche della libertà e della democrazia possibili”. (58) Ed il diritto americano, a differenza dal diritto europeo, contiene nei suoi principi costituzionali, anche il diritto, o la protezione da parte del diritto, del coraggio di dire (o di poter dire) di “no”, anche di fronte a richieste, siano pubbliche o private, che vengano a scontrarsi o a confliggere con i diritti di libertà o che si concretino in qualsivoglia tipo di coazione autoritaria, in quanto il diritto alla ricerca della felicità, nei modi della ricerca, non dovrebbe trovare ostacoli, in quanto questo riconosciuto diritto coinciderebbe con il diritto inalienabile alla libertà. (59) E’ il riconoscimento del poter dire: “preferirei di no”, come nella suggestiva narrazione di Herman Melville, nel racconto intitolato “*Bartleby, lo scrivano*”. (60)

9. Diritto di essere felici?

Forse non esiste un “diritto ad essere felici”, ma esiste una “aspirazione” alla felicità, cosa che è constatabile in *tutte le forme culturali umane*, anche se con modalità ed aspetti, tra di loro diversissimi. Ciò emerge, ad esempio, nella cultura popolare, anche a “livello alto”, americana, sempre più scettica sulla possibilità di concreta esistenza di diritti inalienabili, quali quelli previsti, si potrebbe dire, normativamente, nella Dichiarazione di Indipendenza del 1776. Un autore di *scienze - fiction* e molto noto, Robert A. Heinlein, nel libro *Starship Troopers*, (61) descrive un futuro Stato Mondiale in cui il diritto alla vita ed il diritto alla libertà si sono molto attenuati nei loro presupposti e il diritto alla ricerca della felicità, è diventato un’*aspirazione allo “inseguimento della felicità”*. Ma se non esiste un diritto ad essere felici, esiste pur sempre il diritto ad avere od ottenere una Costituzione che abbia come scopo, non di formare cittadini ottusamente consenzienti, ma di regolare la convivenza di cittadini che potranno (forse) aspirare ad essere felici. A nostro avviso, peraltro, Marchesiello non è, però, né un neo - costituzionalista, né un neo - giustizialista e neppure un neo - contrattualista; è invece, un sociologo od un filosofo del diritto (tra l’altro), che fa della “ricerca della felicità”, l’oggetto di una analisi realistica, come è comune a molta “*jurisprudenza*” americana. “La felicità è nella chiarezza e bellezza dello stile reso disponibile per tutti”. (62) Ed allora per l’autore, che è fautore di una chiarezza “classica” nell’analisi e nel discorso giuridico, se non vi può essere un diritto ad essere felici, vi deve pur essere un sistema giuridico o una Costituzione, che offrano a tutti la *possibilità* della ricerca di essere felici; già Jefferson aveva individuato e precisato il nocciolo della questione, la necessità, cioè di una

Costituzione che non abroghi o non ostacoli il diritto a ricercare la felicità, il che (spogliato da una sorta di ideologia jefersoniana illuministico – razionalistica), è pur sempre un criterio per determinare il come ed il quando un ordinamento che non riconosca tale diritto, diviene talmente iniquo, da giustificare la resistenza, la disobbedienza civile o *in extrema ratio*, la rivoluzione.

10. Felicità comunità convivialità.

Vengono, subito, qui in mente Caio Gracco Babeuf, Robert Owen, Charles Fourier, Jeremy Bentham o John Stuart Mill (o, per una posizione parzialmente contraria, ma personalissima, Henry David Thoreau), ed infine, Rosa Luxemburg, Erich Mhusam, Ferdinand Tonnies, Timothy Leary, Silvio Gesell ed Ivan Illich di “*La convivialità*”, (63) che propone una società “conviviale in cui sia prevista la possibilità per ciascuno di usare lo strumento per realizzare le proprie intenzioni” e in cui le realtà personali siano rette dalla gioia, dall’*eutrapelia* e dall’*amicizia*. Il che parrebbe in consonanza con una ricerca della retta Costituzione della felicità, come pare auspicare Marchesiello, che tra l’altro cita espressamente Illich. E’ necessario, in una dimensione condivisa della felicità, forse la sola possibile ed auspicabile, ad “imparare a non disgiungere la nostra felicità con quella degli altri”. (64) La felicità per Marchesiello ha sempre o necessita di un lato o di un aspetto comunitario; ciò spiega perché può essere contemplata tra i principi di carattere costituzionale. Da solo, come Robinson Crusoe, l’uomo è *naturalmente infelice*, ma la felicità, sia essa uno stato d’animo, una condizione, una situazione o un sentimento, non è mai metafisicamente solipsistica, per esistere necessita di una possibile condivisione o di una indispensabile comunione: la felicità: pur essendo un sentimento individuale, necessita di un collegamento con una situazione condivisa e comunitaria. Altrimenti diventa un qualcosa di trascendente o di assolutizzato, mentre la felicità è un *hic et nunc*, sempre però rinnovabile attraverso il “*miracolo del ricordo*”. Comunque, il “desiderio inespresso” e le teorie sulla felicità di Marchesiello, debbono molto al concetto di convivialità di Illich e certamente di più di quanto l’opera lascia trasparire o ci permette di *intra - vedere*, anche se entrambi gli autori si trovano, su molte questioni, in concorde sintonia.

11. Una lunga confessione tra ricordo e memoria.

Il libro è anche *una lunga riflessione* sulla memoria e sul ricordo che soli possono renderci felici; invero, anche l’oblio non dà felicità: “Incapaci di ricordare, siamo tuttavia infelici”. (65) Ed è proprio sui temi del ricordo e della memoria che si basa gran parte della ricerca marchesielliana, una sorta di viaggio di un giurista “*Alla ricerca del tempo perduto*”: il ricordo è il passato e la memoria ingloba in sé anche il futuro ed entrambi sono l’indispensabile supporto che consente la ricerca della felicità; e tutto il testo è, per così dire, intessuto di ricordo e memoria, con cenni, anche estesi, di “autobiografia”. Osserva l’autore come “la felicità nasce solo dalla possibilità di immergere il passato nel presente per accostarlo al futuro, *sposando la memoria alla speranza*”. (66) Ma la felicità è anche nella memoria possibilmente condivisa, di ciò che si è attraversato, senza oppressioni o costrizioni. Dovremo scomodare Sant’Agostino per cui “il passato è un lungo ricordo del passato”, che ci dà la spinta per progettare il futuro o costruire una memoria, che è concetto più ampio di ricordo, che guardi al futuro attraverso il passato; ovvero pensare come Jacques Camatte che il tempo è un’*invenzione* “degli uomini incapaci di amare” e che, quindi, la felicità, che è senza tempo, abbisogna solo di un amore condiviso? Co-

munque, anche sul punto, il volume di Marchesiello è sempre un’opera aperta, se non altro per le eventuali nuove - collegate e consequenziali - ipotesi, considerazioni e suggestioni, che può offrire al lettore. Potremmo parlare di una “*autobiografia intellettuale*”, che tocca livelli certamente “alti”. Ed infine, tentare di raggiungere la felicità, è anche *la via che percorre* Marchesiello, attraverso il ricordo e la memoria, ma tenendo sempre presente, come pare sostenga l’autore, che il ricordo è quasi sempre la memoria di un *tempo condiviso*.

12. Conclusione: un lungo addio o un tardo sguardo? La danza di Shiva come trasparente simbolo delle “illusioni perdute dell’Occidente”, con tre corollari finali.

Il richiamo a “*Il lungo addio*” di Raymond Chandler (che è una riflessione amaramente malinconica della in - naturale tortuosità dell’agire umano nell’impigliarsi nelle reti delle convivenze/connivenze/convenienze, che l’agire sociale comporta) e alla poesia “*Un tardo sguardo*” (sul periglioso rapporto tra l’essere artistico e l’essere in concreto) di Gottfried Benn (due autori diversissimi tra loro, ma si può agevolmente presumere entrambi consoni al pensiero di Marchesiello), sono quasi da intendersi come *citazioni in explicit*, per una conclusione sull’opera o meglio sulla finalità di un lavoro sistematico nella sua a - sistematicità (solo presunta) dall’autore, che sul punto e cioè su di un andamento razionalmente labirintico del saggio, ha predecessori illustrissimi: basti pensare ai “*Saggi*” di Michel de Montaigne, o in tempi a noi più vicini al “*Cuore avventuroso*” o “*Al muro del tempo*” di Ernst Junger, a Leo Longanesi di “*Ci salveranno le vecchie zie?*”, a Ennio Flaiano di “*Locchiale indiscreto*” o, forse meglio, al Luciano Bianciardi del “*Il lavoro culturale*” e della sua sostanziale anarchia ed anche a Pier Paolo Pasolini di “*Scritti corsari*”. Lo sguardo di Marchesiello sulla felicità e sulle possibili e labili tracce che può la sua ricerca lasciare o aver lasciato nel cuore degli uomini e in qualche immaginata ed immaginaria istituzione sociale, è quello lucido e disincantato, ma sempre attento, anche se all’apparenza disinvoltamente partecipante, di un giurista che vuole rendersi conto, e quel che più importa, renderci conto, che una ricerca sui “diritti” quale è quella sul diritto alla ricerca della felicità, è sempre *work in progress*, ricerca mai conclusa e pur sempre da ricominciare; il viaggio, per essere davvero proficuo non ha mai fine e sempre ritorna alle origini profonde o nascoste del viaggiatore, come dice Thomas Sterne Eliot, non fosse altro che per ri - trovare un’(im)possibile felicità. Se si dovesse usare una metafora marchesielliana, si potrebbe e si dovrebbe dire che *la lettura del libro “Felicità?”*, vale certamente il viaggio, magari difficile, ma alla fine proficuo e fruttuoso, anche perché intessuto di condivisibili sogni. La riflessione di Marchesiello si fa più alta e problematica quando abbandona la “cura delle scuderie dell’Occidente” e si rivolge al mito orientale, alla “*danza di Shiva*” (67). Shiva danza e con il piede destro trattiene, senza distruggerlo, fermo il demone dell’ignoranza, mentre col piede sinistro si slancia verso la trascendenza nel cerchio di fuoco del cosmo e dei possibili universi, gesto che libera; a differenza di tutti i sistemi giuridici occidentali, quello che potrebbe essere il sistema giuridico di cui è simbolo *Shiva Nataraja*, (68) è un ordinamento che non sanziona, che ignora la sanzione, ma si basa su di una costrizione o su una spinta non oppressiva, ma gentilmente proposta, un po’ come il gesto di chi trattiene chi barcolla o che sta per cadere e spinge l’uomo alla trascendenza, al meta - diritto, esortando a non temere nulla, neanche la ruota del tempo o gli inferni del diritto, da sempre in Occidente rag-

giungibili da una strada lastricata di buone intenzioni. (69) Che vi possa essere una felicità o meglio, per rimanere nell'ambito del lavoro di Marchesiello, una ricerca della felicità che non sia solo la ricerca di una (nuova) "pioggia di ordigni", magari addirittura inutili, se non dannosi? Forse il diritto, se si tratta di un "buon" diritto, e cioè di norme a misura d'uomo, può soccorrerci in questo senso, non per offrire illusioni fittizie o proporre paradisi artificiali, ma per spingerci dolcemente verso le aspettative di una diversa società, che rifiuti i meri consumi e gli sciupii vistosi, intenta invece a valori e a aspirazioni condivisi, il che è forse l'unica *chance* che può sussistere per ri - cercare di essere felici, e rispondere, così, affermativamente all'interrogazione di Michele Marchesiello. Infine, è doveroso notare come in tutta la riflessione di Marchesiello, vi si trovi il concetto portante di quella "enorme novità" che è stata la scoperta, tutta americana, della *Frontiera* "non come limite, naturale e giuridico, ma come promessa di felicità, come nuova terra promessa, a tutti". (70) Che il diritto, o meglio, il buon diritto, senza inutili pretese di onnipervasività ed inteso come Oliver W. Holmes lo indicava nella sua famosa metaforica definizione, non possa essere il mezzo il più semplice possibile, per permetterci di pervenire ad una felicità condivisa e, *almeno sommariamente*, praticabile? Parrebbe, infine, cosa utile e non del tutto oziosa, il cercare di trarre, almeno, qualche conclusione a procedere dalla teoria (o teorizzazioni?) di Marchesiello sulla felicità, e precisamente, tre corollari: sul problema della tecnica, su felicità e potere e sul "sogno". (71)

a. Sul "problema della tecnica" nei suoi rapporti con il diritto alla ricerca della felicità.

E' una costante della contemporaneità la disamina dei rapporti fra la tecnica (o la tecnologia), e la felicità: E poi in fondo, siamo ancora (tardivamente) di fronte all'eterno dilemma tra *Civiltà* e *Civilizzazione* (Kultur vs. Zivilisation); (72) certo Marchesiello è estremamente critico nei confronti di un universo della *Civilizzazione*, senz'anima ed asservito al Potere (si vedano i vari incubi di "*Brave new World*", "*1984*", "*Blade Runner*" o "*Minority Report*"), ma non è, certamente, neppure uno di quei *critici della modernità*, che al mattino si svegliano, fanno una confortevole colazione, leggono il giornale e poi... spalancano la finestra e... "vedono l'abisso!" e subito dopo, stendono note sull'angoscia dei tempi sul diario personale, ovviamente, in vista della possibile pubblicazione o si mettono a scrivere articoli per giornali o riviste compiangendo il (per alcuni versi, piacevole, tema del) "*Tramonto dell'Occidente*"; la posizione di Marchesiello mi pare diversa, forse simile a quella *adorniana*, per cui la felicità dell'uomo, come essere sociale, e non come Robinson, sarà forse possibile quando la *Civilizzazione* (Zivilisation) sarà tanto estesa e fatta libera da non esservi più fame sulla Terra e così realizzando, in concreto, proprio quei valori che la *Civiltà* (Kultur) ci ha soltanto promesso, ma che con tutte le possibili illusioni della Società dello Spettacolo, si è ben guardata di realizzare. La tecnica e la tecnologia, hanno però in sé delle potenzialità che potrebbero essere di supporto ad una felicità comunitaria o conviviale. Ma una tecnologia basata sul controllo delle emozioni e l'etero direzione dei bisogni, può diventare mezzo di dominio e di oppressione, il contrario, dunque, della ricerca della felicità. Invero, esaminando il problema della tecnica nei suoi rapporti con la felicità e con l'essenza dell'essere umano, si intravedono, sullo sfondo, le inquietanti ammonitrici figure di Martin Heidegger, di Friedrich George Junger, di Max Horkheimer e di Theodor W.

Adorno; ed anche di George Orwell, Aldous Huxley e del nostro ormai dimenticato Bruno Rizzi. (73)

b. Felicità e Potere (o Potere è felicità?).

L'autore contrappone la felicità al Potere, ma il Potere inteso come facoltà di disporre delle cose (e degli uomini) come proprietà, come uso o come possesso, che è l'epifania del "terribile diritto" proprietario, non può essere fonte di felicità, perché quest'ultima non è oggetto di possesso: la felicità non si possiede (caso mai siamo noi che ne siamo posseduti) ed alla felicità possiamo solo accostarci, per sentirla o trovarla a noi vicina o per con - dividerla. Il Potere, inteso quale concreto possesso, invero, contrasta con la ricerca della felicità: non si è felici solo perché si possiede qualcosa, ma perché si possono renderne compartecipi gli altri. La felicità, in quanto condivisa, include, ma non esclude l'Altro e perciò il Potere non alligna nella Provincia della felicità. Peraltro, sul rapporto tra il Potere, solo tecnologico, e la felicità, si dovrebbero esaminare le osservazioni di Herman Melville, nel poema "*Clarel*". E le odierne possibilità anche di controllo del Potere sulla società, rendono sempre più periglioso e irto di nascosti trabocchetti, il suo rapporto con la "vera" felicità. E dovrebbero, allora, tenersi presenti le teorizzazioni di Carl Schmitt, in quel piccolo capolavoro che è il "*Dialogo sul potere*".

c. Il valore del sogno.

Marchesiello è ben chiaramente consapevole, anche perché autore di un saggio, come l'odierno, che dà grande rilievo al "*principio speranza*", dell'importanza, anche per il diritto, del valore del sogno, (74) che non è l'estraniarsi dalla realtà, ma tutt'altro. Nello *immaginario giuridico* americano si potrebbe parlare di un diritto al sogno della felicità ed il diritto al sogno si inserisce in un sistema di libertà da dove si può sempre ri - partire verso paesaggi infiniti di libera felicità; al contrario, il diritto al sogno della "felicità europeo" è un diritto personalissimo all'evasione dalla realtà, in e da un ordinamento oppressivo ed autoritario: non è un *viaggio*, ma è una *fuga*. L'*American Dream*, della felicità è, invece, allora il fondamento ultimo e la base su cui si radica il sistema (ed il diritto) costituzionale statunitense; salvo, poi, eventualmente sfociare in uno di quei sconvolgenti incubi quale quello così ben decritto nel film "*American History X*", di Tony Kaye e con tutte le "derivate" possibili; ma peraltro, è sempre possibile una ri - proposizione del "sogno americano", pur nella notte del nichilismo. *Il sogno è pronto a ri - emergere, proprio perché sempre aperto al principio della "speranza" e all'attesa inframondana della "speranza" stessa e, pertanto, della sua parusia*. Infine, esiste uno *stretto intreccio* di legami tra *sogno e felicità*; non è quindi possibile disgiungere il primo, inteso come speranza, dalla seconda, intesa anche come aspettativa di un ordinamento, anche giuridico - costituzionale, costruito dall'uomo a misura dell'uomo, finalmente *giusto, soccorrevole, non oppressivo e attento ai bisogni e ai desideri dei consociati, ora cittadini, e non già più sudditi*: ed è, forse, questa la "*speranza*" che il "*viaggio*" verso la felicità e alla ricerca della felicità, di Michele Marchesiello, ci può, in ogni caso, offrire.

Note:

- (1) L. F. Celine, *Morte a credito*, Garzanti, Milano, 2007.
- (2) L. F. Celine, *Viaggio al termine della notte*, Corbaccio, Milano, 2011.
- (3) Ovviamente, tra le altre molte cose, che il volume contiene.
- (4) La citazione è *ri - presa* da J. L. Borges.
- (5) M. Marchesiello, *Felicità? 41 variazioni sulla felicità*, ESI, Napoli,

2016.

(6) Sembra quasi che Celine provi un senso di nausea (o di repulsione), nonché, ed è la cosa più importante, di “straniamento” di fronte alla “disperazione” di “esistere” o alla “sorpresa” della esistenza stessa, forse come in A. Caraco, E. Cioran (in cui è evidente un influsso gnostico), W. Burroughs, o A. Camus (si pensi a “*Lo straniero*”) e F. Kafka (“*Il processo*” e “*Il castello*” o “*Di fronte alla Legge*”) o come, a livello più strettamente filosofico, in F. Nietzsche, C. Michelstaedter, O. Weininger, ovvero M. Heidegger; o come nella poesia “*La terra desolata*” di T. S. Eliot e, per la poesia italiana, al libro, oggi quasi dimenticato, di D. Ferla, dal (trasparente) titolo “*La casa di Arimane*”, ovvero, in teatro, nelle opere di A. Strindberg o di S. Beckett o di E. Ionesco. A tutta questa bella schiera di nichilisti o di pessimisti o di dis-illusi, più o meno radicali, o, comunque, di eterodossi, si dovrebbe aggiungere il loro moderno *pre-cursore* e *teorico radicale*, il Marchese F. D. de Sade.

(7) M. Marchesiello, op. cit., pp. 56 e ss.

(8) M. Marchesiello. Op. cit., pp. 59 e ss.

(9) M. Marchesiello, op. cit., pp. 69 e ss.

(10) M. Marchesiello, pp. 83 e ss., ed in cui troviamo un'importante riferimento alla figura di Shiva Nataraja ed al T. Veblen della “*Teoria della classe agiata*”, che come era stato autorevolmente detto, aveva, per anni, con pazienza, “*filato un sottile canapo con cui tutta una società s'impiccasse*”.

(11) M. Marchesiello, op. cit., pp. 115 e ss.

(12) M. Marchesiello, op. cit., pp. 159 e ss.

(13) M. Marchesiello, op. cit., pp. 183 e ss.

(14) M. Marchesiello. Op. cit., pp. 192 e ss.

(15) Si potrebbe definire il lavoro di Marchesiello come una sorta di prova d'artista sulla tela, dalle texture infinite, della felicità. Anche se poi, Marchesiello compie una articolata distinzione tra la parola “*saggio*” nel senso di provare, di assaggiare e di fornire la prova concreta di un'opera o di dare un termine di paragone o di misura (il saggio degli interessi), o di bravura (un saggio di recitazione, etc.) o, addirittura di esperimento, ed il termine “*saggio*”, nel significato di savio, o di sapiente; e però spesso i due termini possono esprimere lo stesso concetto: non per niente il “*saggio*” è chi ha molto sperimentato e provato od ha molto “*assaggiato*” nella e della vita.

(16) Possiamo (anche) riscontrare una certa “ritrosia” e “allergia” dell'autore per i giudizi e le opinioni eccessivamente “*tranchant*” o per le tesi toppo apoditticamente prospettate.

(17) Forse potrebbe trattarsi di un “*tertium genus*”?

(18) Con una traduzione letterale, ma tuttavia infedele, si potrebbe parlare di: “*diritto 'nella' letteratura*”.

(19) Sempre con una traduzione letterale, ma sempre infedele, si potrebbe parlare di: “*diritto 'come' letteratura*”.

(20) Ma forse sarebbe meglio dire, i giuristi.

(21) Non vi è dubbio che il volume prenda anche in esame il diritto alla felicità in opere letterarie, ma si tratta anche di un manuale di comportamento per giuristi (e non), nonché una sorta di manuale di diritto costituzionale sulla felicità e di diritto comparato americano ed europeo.

(22) Si vedano le valutazioni e le considerazioni dell'autore sui caratteri giuridici delle affermazioni della Dichiarazione del 1776, in relazione alle altre norme costituzionali o a valenza costituzionale e dell'ambito politico - giuridico, in cui si muove la sua ricerca. Si deve, sin d'ora, precisare che la simpatia dell'autore per il diritto o per i principi costituzionali americani, in gran parte, deriva dalla constatazione che la ricerca, sulla felicità americana ha avuto il coraggio di guardare avanti ed oltre la “frontiera”, che diventa non un “limite” naturale o giuridico, ma che, invece, è un invito o una promessa ad una possibile felicità e questa viene ad essere “*l'inaudita novità*” del concetto americano – e tutto americano – di “Frontiera” (M. Marchesiello, op. cit., p. 116).

(23) Un *argumentum a contrariis*? Cfr.: B. Gracian, “*Oracolo manuale*

e arte di prudenza”, Guanda, Parma, 1993.

(24) La comprensione del discorso giuridico, sia dei provvedimenti normativi, sia delle narrazioni giudiziali, sia delle *fiction* giudiziarie, è necessaria condizione e presupposto per un ordinamento che assicuri la possibilità della ricerca della felicità, in una società equamente costituita e funzionante; il discorso dei giuristi, pertanto, non dovrebbe mai essere criptico o alchemico ed esoterico o trattare di “*seste essenze*”: questo crediamo essere l'auspicio di Marchesiello, anche in sintonia con quanto scritto sul tema da due noti esponenti della corrente “*Law & Literature*” che sono stati anche giudici della Corte Suprema statunitense, e cioè, S. Breyer ed A. Scalia

(25) Marchesiello parla di “categoria”, ma l'espressione potrebbe intendersi quale “genere letterario”; nel caso si può far riferimento ai concetti di “*fusion*” o di “*contaminatio*” intesi, ovviamente, in senso positivo.

(26) M. Marchesiello, op. cit., p. 10,

(27) M. Marchesiello, op. cit., pp. 15 e ss.

(28) M. Marchesiello, op. cit., p. 15.

(29) In verità, le variazioni marcheselliane sono 42 e non 41: l'autore ha aggiunto, infatti, un § 37 bis, che è, peraltro, una “*variazione*” particolarmente importante:

(30) M. Marchesiello, op. cit., p- 30.

(31) Si pensi a quella sorta di *architettura diabolica* o (proto - diabolica) benthamiana che prende il nome di *Panopticon*. Se possiamo ritenere Bentham un tardo illuminista, con ambizioni di un proto tecnocrate, si può ben dire che nei suoi “*sogni*” la ragione progetta mostruosità a carattere nichilistico, inteso in senso sadiano: si pensi, in parallelo, a “*Francesi ancora uno sforzo!*”, nella “*Filosofia nel boudoir*” che è un completo trattato, sulla ricerca di ogni possibile piacere, anche se solo di presunta utilità soggettiva, il che, però, è lo speculari contrario della ricerca della felicità, che non può essere imposta o creata artificialmente, ma solo condivisa e non certo ottenibile attraverso la costruzione di “*piramidi umane*”, così come ben descritte dal Divin Marchese.

(32) M. Marchesiello, op. cit., p. 41.

(33) Il riferimento inespresso è a quel piccolo gioiello libertino settecentesco che è il libro “*Le relazioni pericolose*” di C. de Laclos ed all'omonimo film di S. Frears.

(34) M. Marchesiello op. cit., § Viaggiare, p. 56 (“Il viaggio è forse la principale occasione di felicità” e, possiamo aggiungere, del suo ininterrotto, ansante, inseguimento).

(35) È chiaro che in una prospettiva, prima kiplinghiana e poi surrealista e dopo ancora, situazionista, il viaggio è parte del “*Grande gioco*”, contrapposto al “*Piccolo gioco*” della vita domestica ed extradomestica del filisteo piccolo borghese. Il cinema è poi ricco di racconti di viaggio, anche molto particolari: basti pensare a “*Vite vendute*”, di H. G. Clouzot o a “*Viaggio in Italia*”, di R. Rossellini, o a “*Buena Vista Social Club*”, di W. Wenders, ovvero a “*Convoy*”, di S. Peckinpah..

(36) M. Marchesiello, op- cit., p. 58.

(37) M. Marchesiello, op. cit., p. 56.

(38) M. Marchesiello, op. cit., pp. 166 – 167.

(39) X. de Maistre, *Viaggio intorno alla mia stanza*, Rizzoli, Milano, 1991.

(40) K. J. Huysmans, *A ritroso*, Rizzoli, Milano, 1999.

(41) M. Marchesiello, op. cit., pp. 91 – 92.

(42) M. Marchesiello, op. cit., pp. 31 – 32.

(43) N. Gomez Davila, *Tre poche parole*, Adelphi, Milano, 2997, p. 63.

(44) N. Gomez Davila, op. cit., p. 47.

(45) M. Marchesiello, op. cit., p. 124.

(46) M. Marchesiello, op. cit., p. 135.

(47) M. Marchesiello, op. cit., § 9, pp. 46 e ss.

(48) M. Marchesiello, op. cit., §24, pp. 113 e ss.

(49) M. Marchesiello, op. cit., § 33, pp. 165.

(50) A. Schopenhauer, *L'arte di essere felici esposta in 50 massime*,

Adelphi, Milano, 2001.

(51) M. Marchesiello, op. cit., pp. 159 e ss.

(52) M. Marchesiello, op. cit., p. 160.

(53) M. Marchesiello, op. cit., p. 185.

(54) M. Marchesiello, op. cit., è.133.

(55) Solo per un esempio, per la narrativa americana, si veda il romanzo di J. London, "Burning Daylight".

(56) Quando l'autore parla di "Occidente", non si riferisce a O. Spengler o a R. Stark.

(57) M. Marchesiello, op. cit., p. 156.

(58) M. Marchesiello, op. cit., pp. 157 – 158.

(59) Il coraggio di poter dire "no", troverebbe protezione costituzionale ed è garantito ad ogni individuo proprio come elemento di necessario collegamento con il diritto alla libertà, al di là di postulati di tipo razionalistico - illuministico, che sono maggiormente riferibili al diritto europeo, rispetto a quello americano.

(60) Il coraggio o il diritto di "dire di no", non è però, in Marchesiello, l'equivalente di "ho detto no", del "Trattato del ribelle", jungeriano, che è portatore di altri ben diversi sottostanti significati semantici.

(61) R. A. Heinlein, "Fanteria dello spazio", Mondadori, Milano, 1980. Dal libro era stato tratto un film del 1997, di P. Verhoeven.

(62) M. Marchesiello, op. cit., p. 151.

(63) I. Illich, "La convivialità", red!, Cornaredo 2005, p. 15.

(64) M. Marchesiello, op. cit., p. 113.

(65) M. Marchesiello, op. cit., p. 53.

(66) M. Marchesiello, op. cit., p. 54.

(67) M. Marchesiello, op. cit., p. 84.

(68) L'espressione potrebbe essere tradotta come Shiva danzante o Shiva che danza. La danza di Shiva è un invito all'uomo ad usare la leggerezza di chi non ha paura, una volta liberatosi dal demone dell'ignoranza.

(69) La danza di Shiva sconfinava in tutte le forme di una compartecipante conoscenza, fino a comprenderle, nell'estasi, nell'ebbrezza,

nella trascendenza, non contro o oltre il mondo, ma entro il mondo. Il dio ha quattro braccia, che corrispondono agli stati molteplici dell'essere: con il primo tiene un tamburello a forma di clessidra per dare e segnare il ritmo al cosmo, mentre con il secondo solleva il vascello fiammeggiante della distruzione, contrapposto al ritmo della creazione; il terzo braccio che indica il piede sollevato del dio, simboleggia le possibilità trascendenti dell'uomo ed il quarto, con la mano destra aperta e mostrando il palmo esorta l'uomo a non aver paura nell'attraversare i cicli cosmici e neppure della tenebra caliginosa che promana dal demone dell'ignoranza.

(70) M. Marchesiello, op. cit., p. 116.

(71) Si dovrebbe precisare, almeno ad avviso di chi scrive, che la visione della felicità è per Marchesiello una *visione politica*, di tipo politico, non egoistica, ma che non si appiattisce sul mero aspetto di fruizione di consumi: Marchesiello, potrebbe essere un rivoluzionario cercatore di felicità, ma che non dimentica l'aspetto comunitario di tale ricerca e che teme stravolgimenti troppo radicalmente disumani della bivalente interiorità della felicità, che ha anche un aspetto di conservazione di valori; se non temessi di andare troppo oltre definirei l'autore come un conservatore rivoluzionario, ma non un rivoluzionario conservatore, per evitare accostamenti politici, che l'autore non gradirebbe e che l'espressione potrebbe evocare.

(72) Tali termini però sono *traducibili* in lingua italiana solo in *via approssimativa*.

(73) Non si dovrebbe, poi, dimenticare il libro di G. Collu e di G. Cesarano, sul rapporto tra tecnica e potere, dal titolo "Apocalisse e rivoluzione", considerato uno dei moderni testi fondativi, della biopolitica.

(74) "Infelici di giorno cerchiamo rifugio nel sogno". M. Marchesiello, op. cit., p. 200.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

T.A.R. Liguria, sez. I, 14 febbraio 2018, n. 187 – Pres. Daniele – Rel. Peruggia – XY (Avv.ti Maoli e A. Barca) c. Ministero Interno (Avv. Stato).

ARMİ – appartenente alla Forza Armata - richiesta di porto di arma per difesa personale – diniego immotivato da parte della P.A. – violazione dell’art. 75 R.D. 635/1940 - sussiste.

L’art. 75 comma 4 del R.D. 635 del 1940 prevede che gli ufficiali in servizio permanente delle forze armate (che non devono essere considerati alla stregua di ogni altro cittadino) possano chiedere e ottenere l’autorizzazione al porto di rivoltella, sia quando vestono la divisa sia quando sono in abiti civili. L’eventuale diniego a tale istanza deve essere fondato su situazioni personali ostative.

(Art. 75, comma 4, R.D. n. 635/1940)

(...*Omissis*...)

Fatto e diritto

Il tenente colonnello dell’esercito dottor XY si ritiene leso dal provvedimento indicato, per il cui annullamento ha notificato il ricorso in trattazione che è affidato a censure in fatto e diritto.

L’Amministrazione statale si è costituita in causa con memoria con cui ha chiesto la reiezione della domanda.

Con ordinanza 28.6.2017, n. 149 il tribunale amministrativo ha accolto la domanda cautelare proposta.

Le parti hanno depositato memorie e documenti.

L’impugnazione è proposta per l’annullamento del diniego opposto all’ufficiale superiore ricorrente relativamente alla domanda proposta per essere autorizzato al porto di un’arma individuale non di tipo guerra.

L’interessato documenta di essere in servizio permanente nell’esercito italiano, di avere partecipato a missioni all’estero, e allega di sentirsi in pericolo a seguito delle informative ricevute dalle Forze Armate che richiamano l’attenzione sui rischi di attacchi al personale militare in divisa e in borghese.

L’amministrazione dell’Interno non ha condiviso tale prospettazione, osservando la scarsa documentazione addotta dall’interessato a corredo degli assunti che fondano la domanda di autorizzazione presentata a suo tempo.

Il collegio deve condividere la prima e assorbente censura proposta dall’interessato nella parte in cui lamenta la violazione dell’art. 75 comma 4 del R.D. 635 del 1940: si tratta di una disposizione in origine quasi interamente dettata a favore degli appartenenti alla disciolta milizia fascista, ma nell’ultimo comma essa prevede che gli ufficiali in servizio permanente delle forze armate possano chiedere e ottenere l’autorizzazione al porto di rivoltella, sia quando vestono la divisa sia quando sono in abiti civili.

La norma è formulata nel senso che non si tratta di un diritto assoluto, come si deduce dall’impiego del verbo “potere” che regge la proposizione in questione, ma si osserva che l’ampiezza della previsione induce ad affermare che l’eventuale diniego a tale istanza deve essere fondato su situazioni personali ostative.

La lettura del rigetto impugnato convince invece che la P.A. ha considerato l’interessato alla stregua di ogni altro cittadino e non ha tenuto conto della pur datata norma regolamentare denunciata e dell’appartenenza del richiedente alle forze armate.

L’accoglimento del motivo è assorbente del contendere, derivando da ciò l’annullamento dell’atto impugnato e l’obbligo del-

l’amministrazione di ripronunciarsi tenendo conto della norma citata e delle risultanze dell’istruttoria che verrà condotta.

Le spese possono essere compensate adeguatamente, attesa la natura interlocutoria della presente decisione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), accoglie il ricorso e annulla l’atto impugnato, compensando le spese di lite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa. (...*Omissis*...)

Corte Costituzionale, 13 luglio 2017, n. 172 – Pres. Grossi – Rel. Zanon – Pres. Cons. Ministri (Avv. Stato Palmieri) c. Regione Liguria (Avv. Marini)*.

DIRITTO DI DIFESA – patrocinio legale – competenza statale esclusiva in tema di giurisdizione e norme processuali – spettanza.

(Art. 117, secondo comma, lettera l), Cost.; art. 1, comma 2, l. r. Liguria 5 luglio 2016, n. 11; Corte cost., sent. n. 81 del 2017)

DIRITTO DI DIFESA – patrocinio legale – competenza statale esclusiva in tema di ordinamento penale – non afferenza.

(Art. 117, secondo comma, lettera l), Cost.; art. 1, comma 2, l. r. Liguria 5 luglio 2016, n. 11)

DIRITTO DI DIFESA – patrocinio legale – competenza statale esclusiva in tema di ordine pubblico e sicurezza – spettanza.

(Art. 117, secondo comma, lettera h), Cost.; art. 1, comma 2, l. r. Liguria 5 luglio 2016, n. 11)

REGIONE LIGURIA – legislazione – disciplina del patrocinio nel processo penale – invasione della competenza statale esclusiva – sussistenza – illegittimità costituzionale.

(Art. 117, secondo comma, lettera h), Cost.; art. 1, comma 2, l. r. Liguria 5 luglio 2016, n. 11)

Ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., le norme che intervengono sulla disciplina del patrocinio legale nel processo, pertanto sul diritto di difesa, rientrano nella competenza statale esclusiva in tema di “giurisdizione e norme processuali” (precedente richiamato: sentenza n. 81 del 2017).

Ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., le norme che intervengono sulla disciplina del patrocinio legale nel processo penale non interferiscono con la competenza esclusiva statale in tema di “ordinamento penale”, dal momento che queste non incidono su fattispecie penali, non mutano i presupposti di applicazione di norme penali, non introducono nuove cause di esenzione della responsabilità penale, né producono effetti sanzionatori aggiuntivi rispetto alla commissione di un reato.

Ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera h), Cost., le norme che intervengono sulla disciplina del patrocinio legale nel processo penale rientrano nella competenza esclusiva statale in tema di “ordine pub-

blico e sicurezza”, giacché, per costante giurisprudenza costituzionale, il tema della prevenzione dei reati e del contrasto alla criminalità è riservato allo Stato.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 1, comma 2, della legge Regione Liguria n. 11 del 2016 per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera h), Cost., in quanto la disposizione impugnata, intervenendo sulla disciplina del patrocinio nel processo penale, manifesta un indirizzo regionale in tema di prevenzione dei reati e contrasto alla criminalità, così interferendo con la competenza statale esclusiva in materia di “ordine pubblico e sicurezza”. (1)

O.C.

(*) La sentenza interviene a dirimere la questione di legittimità costituzionale in via principale promossa dallo Stato contro l'art. 1, comma 2, della l.r. Liguria 5 luglio 2016, n. 11 (*Interventi in favore delle vittime della criminalità*), con ricorso notificato il 9-14 settembre 2016, depositato in cancelleria il 15 settembre 2016 e iscritto al n. 53 del registro ricorsi 2016.

(...Omissis...) – Considerato in diritto. 1.– Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2, della legge Regione Liguria 5 luglio 2016, n. 11 (*Interventi in favore delle vittime della criminalità*), per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettere l) e h), della Costituzione. La disposizione impugnata stabilisce che «[l]a Regione prevede il patrocinio a proprie spese nei procedimenti penali per la difesa dei cittadini che, vittime di un delitto contro il patrimonio o contro la persona, siano indagati per aver commesso un delitto per eccesso colposo in legittima difesa, ovvero assolti per la sussistenza dell'esimente della legittima difesa». È inoltre stabilito che tale previsione «si applica ai cittadini nei cui confronti l'azione penale è esercitata a decorrere dall'entrata in vigore della presente legge». Secondo il ricorrente, la norma regionale si porrebbe in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., che attribuisce allo Stato potestà legislativa esclusiva in materia di «ordinamento penale», e con l'art. 117, secondo comma, lettera h), Cost., che a tale potestà assegna la materia «ordine pubblico e sicurezza». Ciò in quanto, riconoscendo il beneficio economico «sempre e comunque» a colui che commette un fatto di reato in conseguenza di una paventata aggressione, inciderebbe «sull'equilibrio dei rapporti sociali», configurandosi quale intervento di favore nei confronti di chi è autore di una condotta illecita commessa al di fuori della scriminante della legittima difesa e, quindi, sia stato condannato. Il ricorrente, in particolare, precisa che nella materia «ordine pubblico e sicurezza» rientrerebbero tutte «le misure e le funzioni pubbliche preposte a tutelare i beni fondamentali e ogni altro bene che ha prioritaria importanza per l'ordinamento giuridico statale».

2.– La questione è fondata per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera h), Cost., che attribuisce allo Stato competenza esclusiva nella materia «ordine pubblico e sicurezza».

3.– Va innanzitutto chiarito che non convince l'osservazione della difesa regionale secondo cui la disposizione censurata prevederebbe il beneficio economico soltanto a favore di coloro che risultano assolti nel processo intentato a loro carico. Il rilievo mira a contrastare l'obiezione del ricorrente, ad avviso del quale la concessione del sostegno economico «sempre e comunque», a favore di chi è accusato di una condotta illecita commessa al di fuori della scriminante della legittima difesa, configurerebbe un intervento potenzialmente criminogeno, generante insicurezza.

Invero, il testo della disposizione impugnata mostra, sotto questo profilo, aspetti di ambiguità. In principio, la norma parrebbe non ricomprendere i condannati tra i beneficiari del patrocinio, poiché si riferisce espressamente a coloro che sono «indagati» per aver

commesso un reato eccedendo colposamente i limiti della legittima difesa, «ovvero assolti» per la sussistenza di tale causa di giustificazione. L'ultimo periodo della disposizione stabilisce, tuttavia, che «il presente comma si applica ai cittadini nei cui confronti l'azione penale è esercitata a decorrere dall'entrata in vigore della presente legge». In disparte i dubbi che tale ultimo periodo ingenera circa la stessa concessione del beneficio a coloro il cui procedimento sia archiviato al termine delle indagini preliminari, nulla esclude che l'intero comma venga interpretato ed applicato nel senso che, per i condannati all'esito del processo, sia comunque possibile il rimborso delle spese legali sostenute non già in giudizio – il che è testualmente escluso – ma, appunto, nella fase delle indagini. E nulla esclude che il regolamento di Giunta, chiamato a definire criteri e modalità di applicazione della legge anche in riferimento al comma impugnato, si orienti in questa direzione. Pertanto, è plausibile l'interpretazione che della disposizione impugnata offre l'Avvocatura generale dello Stato, lamentandone il potenziale effetto criminogeno.

4.– Nella sentenza n. 81 del 2017, scrutinando su ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri una disposizione legislativa di altra Regione, di tenore analogo, questa Corte ne ha ritenuta l'illegittimità costituzionale, poiché le norme che intervengono sulla disciplina del patrocinio legale nel processo, e quindi sul diritto di difesa, appartengono alla competenza legislativa esclusiva statale in tema di «giurisdizione e norme processuali», ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. In tale sentenza, questa Corte non si è invece pronunciata in merito al contrasto della norma regionale con le competenze esclusive statali previste nella lettera h) e nella medesima lettera l) del citato parametro costituzionale, rispettivamente in materia di «ordine pubblico e sicurezza» e di «ordinamento penale».

5.– Il ricorrente, nel caso in esame, ritiene che la disposizione regionale interferisca con le due materie da ultimo citate e non evoca a parametro l'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. in tema di ordinamento processuale, a prescindere da un accenno contenuto nella sola memoria presentata in prossimità dell'udienza, in risposta ad un'osservazione della difesa della Regione Liguria. La qualificazione materiale operata nella sentenza ricordata, da ribadirsi in questa sede, non impedisce di verificare se la disciplina regionale impugnata invada altresì le competenze statali nelle materie «ordinamento penale» e «ordine pubblico e sicurezza», che l'Avvocatura generale dello Stato, su mandato della Presidenza del Consiglio dei ministri, ritiene illegittimamente incise. Ritiene questa Corte che, mentre la disposizione in questione non presenta profili di interferenza con la materia «ordinamento penale» (la disposizione non incide su fattispecie penali, non modifica i presupposti per l'applicazione di norme penali, non introduce nuove cause di esenzione dalla responsabilità penale, né produce effetti sanzionatori ulteriori conseguenti alla commissione di un reato: sentenze n. 19 del 2014, n. 63 del 2012, n. 122 del 2010, n. 259 del 2009, n. 387 del 2008, n. 183 del 2006, n. 172 del 2005 e n. 185 del 2004), essa si ripercuota anche sulla materia «ordine pubblico e sicurezza». Attraverso regole che incidono sul patrocinio nel processo penale, la norma risulta, infatti, funzionalmente servente rispetto a scelte in tema di sicurezza, per le quali le Regioni non hanno competenza. Anche a prescindere dalla correttezza dell'interpretazione prospettata dal ricorrente (secondo cui il beneficio verrebbe accordato anche ai condannati), è qui in questione la concessione di un sostegno economico ai cittadini che, vittime di un delitto contro il patrimonio o contro la persona, affrontano un procedimento penale con l'accusa di aver colposamente ecceduto i limiti della legittima difesa. Tale concessione è manifestazione di un indirizzo regionale in tema di prevenzione dei reati e di contrasto alla criminalità, materia che la costante giu-

risprudenza di questa Corte ha sempre considerato riservata allo Stato (sentenze n. 63 del 2016, n. 33 del 2015, n. 35 e n. 34 del 2012, n. 325 del 2011, n. 167 e n. 72 del 2010, n. 237 del 2006 e n. 313 del 2003): un indirizzo regionale che necessariamente incide sulla percezione dei consociati circa l'atteggiamento, in questa materia, delle autorità pubbliche. È, dunque, la ratio ispiratrice della disposizione ad interferire anche con la materia «ordine pubblico e sicurezza». Attraverso il sostegno economico nel procedimento e nel processo è, infatti, incoraggiato (o non scoraggiato), in ambito regionale, il ricorso alla «ragion fattasi». In definitiva, le considerazioni appena esposte dimostrano la pertinenza della disposizione anche alla materia «ordine pubblico e sicurezza», e ne comportano l'illegittimità costituzionale.

P.Q.M.

La Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2, della legge della Regione Liguria 5 luglio 2016, n. 11 (Interventi in favore delle vittime della criminalità).

(...*Omissis*...)

(1) La politica del legislatore regionale sulla «ragion fattasi» per i cittadini vittime di reati contro il patrimonio o la persona ancora al vaglio della Corte costituzionale (ma questa volta per profili differenti).

Sommario: 1. *Il precedente della Corte costituzionale e la questione di legittimità costituzionale prospettata.* – 2. *Il giudizio di accoglimento della Corte costituzionale.* – 3. *Brevi osservazioni conclusive.*

1. Il precedente della Corte costituzionale e la questione di legittimità costituzionale prospettata.

I legislatori della Liguria, del Veneto e della Lombardia (1), nell'approvare i disegni di legge di iniziativa dei rispettivi esecutivi, che già nei propri programmi di governo prevedevano una particolare attenzione per la sicurezza e la prevenzione dei reati oltreché del contrasto alla criminalità, hanno tutti approntato una disciplina volta a predisporre fondi per il patrocinio a spese della Regione in favore della difesa di cittadini che, vittime di un delitto contro il patrimonio o contro la persona, siano indagati per aver commesso un delitto per eccesso colposo in legittima difesa, ovvero siano stati assolti per la sussistenza dell'esimente della legittima difesa.

Tuttavia, le ridette leggi regionali hanno avuto sorti diverse in quanto quella della Lombardia, non essendo stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, è tuttora in vigore, così come il relativo regolamento regionale 14 gennaio 2016, n. 1 (2), mentre quelle del Veneto e della Liguria sono state impugnate dallo Stato in via d'azione.

Più nel dettaglio, la normativa veneta è stata censurata nella parte in cui prevedeva l'istituzione di un fondo regionale per il patrocinio a spese della Regione nei procedimenti penali per la difesa dei cittadini residenti in Veneto da almeno quindici anni che, vittime di un delitto contro il patrimonio o contro la persona, fossero stati accusati di «eccesso colposo di legittima difesa o di omicidio colposo per aver tentato di difendere se stessi, la propria attività, la famiglia o i beni, da un pericolo attuale di un'offesa ingiusta». Ciò per l'asserita lesione della competenza legislativa statale di cui all'art. 117, comma 2, lett. *h*) (ordine e sicurezza pubblica) e *l*) (ordinamento penale), Cost., oltreché dell'art. 3 Cost., quest'ultimo in quanto la previsione del patrocinio a spese della Regione in favore dei soli cittadini residenti nella Regione stessa da almeno quindici anni avrebbe costituito un «criterio del tutto arbitrario di selezione dei destinatari» del beneficio.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 81 del 2017, ha,

quindi, accolto la questione di legittimità così prospettata, ritenendo pregiudiziale il sindacato sulle censure relative all'art. 117, comma 2, lett. *l*), Cost. (e, dunque, considerando assorbite le doglianze riferite agli altri parametri pure evocati).

Al proposito, il giudice costituzionale ha richiamato i principi affermatasi in una propria precedente pronuncia (3) relativa ad una norma dal contenuto precettivo «coincidente» con quello individuato nella norma impugnata (4), così da sottolineare come un intervento di sostegno economico, allo scopo di «garantire la tutela legale» e «l'effettività del diritto di difesa», concernesse aspetti riconducibili all'art. 117, comma 2, lett. *l*), Cost. Ciò non mancando di segnalare, da un lato, che la disciplina del diritto di difesa (anche dei non abbienti) «costituisce oggetto delle norme statali, le quali lo contemplano «in riferimento al processo penale, civile, amministrativo, contabile e tributario e negli affari di volontaria giurisdizione» e, dall'altro lato, che la stessa Corte costituzionale aveva avuto modo di approfondire e compiutamente identificare le finalità e il contenuto della regolamentazione approntata dal legislatore statale in tema di gratuito patrocinio (5), evidenziandone l'inerenza alla disciplina del processo.

Venendo poi all'analisi della previsione di cui all'art. 1, comma 2, della l.r. Liguria 5 luglio 2016, n. 11, può osservarsi che la stessa, pur essendo di analogo tenore, si rivolgeva, quanto all'ambito soggettivo, a tutti i «cittadini» e non ai soli cittadini residenti nella Regione da un *quantum* di tempo mentre, quanto all'ambito oggettivo, non esplicitava che il gratuito patrocinio a spese della Regione fosse previsto anche per coloro che fossero stati accusati di aver commesso «un omicidio colposo per aver tentato di difendere se stessi, la propria attività, la famiglia o i beni, da un pericolo attuale di un'offesa ingiusta». Il beneficio, infatti, si rivolgeva più genericamente ai cittadini che, vittime di un delitto contro il patrimonio o contro la persona, fossero stati indagati per aver commesso un delitto per eccesso colposo in legittima difesa, ovvero fossero stati assolti per la sussistenza dell'esimente della legittima difesa. Aggiungendosi, peraltro, che la ridetta previsione dovesse applicarsi ai cittadini nei cui confronti l'azione penale fosse stata esercitata a decorrere dall'entrata in vigore della legge.

Le segnalate differenze tra le due leggi regionali non parrebbero, tuttavia, essere state tali da motivare una diversa difesa da parte dello Stato nel giudizio dinanzi alla Corte costituzionale (se non in relazione alla presunta lesione dell'art. 3, Cost., che, in effetti, si riteneva violato nel primo ricorso proprio – e solo – per il più circoscritto ambito di applicazione della legge veneta).

Malgrado ciò, lo Stato ha impugnato la normativa ligure solo in relazione all'art. 117, comma 2, lett. *h*), Cost., e non già anche in riferimento alla lett. *l*) del medesimo articolo della Costituzione, essendo detta norma stata solo «accennata» nella memoria presentata in prossimità dell'udienza, ma non evocata a parametro. Così, in detta ultima occasione le doglianze dell'Avvocatura dello Stato si sono piuttosto appuntate sul fatto che la norma regionale, riconoscendo il beneficio economico «sempre e comunque» a colui che avesse commesso un fatto di reato in conseguenza di una paventata aggressione, avesse inciso «sull'equilibrio dei rapporti sociali», configurandosi «quale intervento di favore nei confronti di chi è autore di una condotta illecita commessa al di fuori della scriminante della legittima difesa e, quindi, sia stato condannato». Profilo, quest'ultimo, a cui ha resistito la Regione Liguria, sostenendo che la disposizione censurata avrebbe previsto il beneficio economico soltanto a favore di coloro che fossero stati assolti nel processo intentato a loro carico.

2. Il giudizio di accoglimento della Corte costituzionale.

La Corte costituzionale, chiamata in primo luogo a decidere sull'eccezione prospettata dalla resistente, l'ha ritenuta non convin-

cente, rilevando sì che il testo della disposizione impugnata, in principio, sarebbe parso “non ricomprendere i condannati tra i beneficiari del patrocinio, poiché si sarebbe riferito espressamente a coloro che fossero stati «indagati» per aver commesso un reato eccedendo colposamente i limiti della legittima difesa, «ovvero assolti» per la sussistenza di tale causa di giustificazione”. Tuttavia, l’ultimo periodo della disposizione, nello stabilire che la norma “si applica ai cittadini nei cui confronti l’azione penale è esercitata a decorrere dall’entrata in vigore della presente legge” – lasciando in disparte i dubbi circa la stessa concessione del beneficio a coloro il cui procedimento sia archiviato al termine delle indagini preliminari – è parso non escludere, sempre ad avviso della Corte, che “per i condannati all’esito del processo, sia comunque possibile il rimborso delle spese legali sostenute non già in giudizio – il che è testualmente escluso – ma, appunto, nella fase delle indagini”.

Così, considerando maggiormente plausibile l’interpretazione della disposizione impugnata fornita dallo Stato nel lamentarne il potenziale effetto criminogeno, il giudice costituzionale, pur rilevando la mancata evocazione nel presente ricorso del parametro di cui all’art. 117, comma 2, lett. l), Cost., alla stregua del quale si era pronunciato nel senso dell’illegittimità nella sentenza n. 81/2017, ne ha ribadito, anche in detta ultima occasione, la qualificazione materiale. Ciò sottolineando, più nel dettaglio, che le norme che intervengono sulla disciplina del patrocinio legale nel processo, e quindi sul diritto di difesa, appartengono alla competenza legislativa esclusiva statale in tema di “giurisdizione e norme processuali”.

Ciò posto, pur preferendo aggiungere che la norma in questione non interferiva con la materia di competenza legislativa esclusiva “ordinamento penale” individuata sempre all’art. 117, comma 2, lett. l), Cost. (6), la Corte ne ha, infine, dichiarato l’illegittimità costituzionale ritenendo che la stessa interferisse con l’“ordine pubblico e la sicurezza”, in quanto “funzionalmente servente rispetto a scelte in tema di sicurezza, per le quali le Regioni non hanno competenza”.

Del resto, la stessa *ratio* ispiratrice della norma censurata – che, ad avviso della stessa Corte, avrebbe incoraggiato (o non scoraggiato), in ambito regionale, il ricorso alla “ragion fattasi” – è stata ritenuta “manifestazione di un indirizzo regionale in tema di prevenzione dei reati e di contrasto alla criminalità” come tale necessariamente incidente “sulla percezione dei consociati circa l’atteggiamento, in questa materia, delle autorità pubbliche”. Materia che, per consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale (7), rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato alla luce dell’art. 117, comma 2 lett. h), Cost.

3. Brevi osservazioni conclusive.

Il più recente indirizzo di politica regionale espresso dalle Regioni Liguria, Veneto e Lombardia su quello che, riprendendosi l’efficace espressione della Corte costituzionale, può considerarsi un incoraggiamento della “ragion fattasi” è stato, dunque, per più profili, censurato perché lesivo di competenze legislative esclusivamente statali ricadenti, più precisamente, nella materia “giurisdizione e norme processuali” e in quella dell’“ordine pubblico e sicurezza”.

Se un tale esito pareva, peraltro, sin da subito abbastanza prevedibile, un qualche elemento di novità può intravedersi nel fatto che nella decisione in commento, al di là di quanto statuito sul riparto di competenze, pare essere stata più in generale stigmatizzata la stessa *ratio* ispiratrice delle norme censurate, così che non sembra inutile domandarsi se un’analoga previsione disposta dal legislatore statale nel rispetto delle competenze legislative al medesimo conferite ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. h) ed l), Cost., potrebbe, nell’evenienza, configurare comunque con principi fonda-

mentali del nostro ordinamento e, tra questi, *in primis*, con il principio di ragionevolezza (8). Ciò a maggior ragione in quanto, poco prima dei richiamati interventi del giudice costituzionale, era stato approvato dalla Camera dei deputati un progetto di legge statale (volto, tra l’altro, ad estendere l’ambito di operatività della scriminante della legittima difesa) analogo a quello previsto dai legislatori regionali, e che però si è ora arenato al Senato (9).

Francesca Bailo

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale

Note:

(1) Al proposito cfr., rispettivamente, l’art. 1, comma 2, della l.r. Liguria 5 luglio 2016, n. 1, l’art. 12 della l.r. Veneto 23 febbraio 2016, n. 7, e l’art. 21, comma 2, della l.r. Lombardia 24 giugno 2015, n. 17.

(2) Il menzionato regolamento ha stabilito, più precisamente, che i cittadini, residenti o domiciliati in Lombardia, hanno facoltà di richiedere il rimborso delle spese e degli onorari sostenuti per la difesa legale in ogni fase e grado del procedimento penale, nel rispetto del limite massimo complessivo di euro 30.000,00. Cfr., inoltre, il D.d.s. 26 gennaio 2016, n. 402, recante “*Patrocinio a spese di Regione Lombardia, ai sensi dell’articolo 21, comma 2, della legge regionale 24 giugno 2015, n. 17 – Modalità di presentazione della domanda, della modulistica e della documentazione da allegare (reg. n. 1/2016)*”.

(3) Al proposito, cfr. Corte cost., sent. n. 299 del 2010, con osservazioni di F. BIONDI DALMONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 2010.

(4) Il riferimento è, in particolare, all’art. 1, comma 3, lett. h), della l.r. Puglia 4 dicembre 2009, n. 32, nella parte in cui disponeva che le politiche della Regione dovessero essere finalizzate, tra l’altro, “a garantire la tutela legale, in particolare l’effettività del diritto di difesa, agli immigrati presenti a qualunque titolo sul territorio della regione”.

(5) Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 237 del 2015.

(6) In ordine alla competenza esclusiva del legislatore statale nel disciplinare la materia “ordinamento penale”, cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 19 del 2014, n. 63 del 2012, n. 122 del 2010, n. 259 del 2009, n. 387 del 2008, n. 183 del 2006, n. 172 del 2005 e n. 185 del 2004.

(7) Al proposito, *ex multis*, cfr. Corte cost., sent. n. 63 del 2016, n. 33 del 2015, n. 35 e n. 34 del 2012, n. 325 del 2011, n. 167 e n. 72 del 2010, n. 237 del 2006 e n. 313 del 2003.

(8) Sul punto, cfr. anche L. TRUCCO, *Il “profilo” della Regione Liguria nell’anno 2017, infra*, p. 60 ss., secondo cui può pensarsi che, “così argomentando, la Corte abbia lasciato impregiudicata la valutazione di merito della scelta del legislatore, o che, invece, tra le righe della pronuncia possa comunque vedersi una presa di distanza, se non la vera e propria stigmatizzazione, nei confronti di una previsione normativa incentivante, sia pure indirettamente, alla violenza (si osserva come nella precedente sent. n. 81 del 2017, in un caso analogo, un tale aspetto fosse rimasto in ombra)”.

(9) Il riferimento è all’A.C. n. 3785, approvato il 4 maggio 2017 alla Camera dei deputati e trasmesso al Senato in pari data (A.S. n. 2816). Detto progetto di legge prevede, da un lato, una modifica all’art. 52 c.p., con lo stabilire che “si considera legittima difesa, nei casi di cui all’articolo 614, primo e secondo comma, la reazione a un’aggressione commessa in tempo di notte ovvero la reazione a seguito dell’introduzione nei luoghi ivi indicati con violenza alle persone o sulle cose ovvero con minaccia o con inganno” e, dall’altro lato, una modifica all’art. 59 c.p., con l’aggiungere che “Nei casi di cui all’articolo 52, secondo e terzo comma, la colpa dell’agente è sempre esclusa quando l’errore è conseguenza del grave turbamento psichico causato dalla persona contro la quale è diretta la reazione posta in essere in situazioni comportanti un pericolo attuale per la vita, per l’integrità fisica o per la libertà personale o sessuale”. L’art. 2 del progetto di legge, infine, dispone che l’onorario e le spese spettanti al difensore della persona dichiarata non punibile per aver commesso il fatto per legittima difesa o per stato di necessità siano a carico dello Stato, dovendosi al proposito osservare le disposizioni del T.U. in materia di spese di giustizia, di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

Massime

Corte Costituzionale, sent. 7 novembre 2017, n. 274 (dep. 20 dicembre 2017) – Pres. Grossi – Rel. Carosi – Pres. Cons. Ministri (Avv. Stato Mariani) c. Regione Liguria (Avv. Antonini).

BILANCI PUBBLICI – legge di approvazione del rendiconto – avanzo di amministrazione – coerenza con i profili giuridici inerenti alle partite creditorie e debitorie – possibilità utilizzazione solo dopo il definitivo accertamento mediante approvazione del rendiconto.

(Art. 81 Cost.; art. 42 del d.lgs. n. 118 del 2011)

BILANCI PUBBLICI – regioni – avanzo di amministrazione – fondo anticipazione liquidità – mutui autorizzati e non contratti – componenti attive – erronea qualificazione.

(Art. 81 Cost.; art. 42 del d.lgs. n. 118 del 2011; art. 6 l. r. Liguria 2 novembre 2016, n. 26)

BILANCI PUBBLICI – legge di approvazione del rendiconto – equilibrio di bilancio – profilo dinamico costituito dalla continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche – necessaria assenza di perturbanti potenzialità di indeterminazione.

(Art. 81 Cost.)

BILANCI PUBBLICI – legge di approvazione del rendiconto – anticipazione di liquidità – esclusiva destinazione al pagamento dei debiti scaduti relativi a partite già presenti nelle scritture contabili di precedenti esercizi – divieto di imputazione attiva al risultato di amministrazione.

(Art. 81 Cost.; art. 42 del d.lgs. n. 118 del 2011; art. 6 l. r. Liguria 2 novembre 2016, n. 26)

BILANCI PUBBLICI – legge di approvazione del rendiconto – allegati – elevata tecnicità e sofisticata articolazione – compensazione con una trasparente, corretta, univoca, sintetica e inequivocabile indicazione del risultato di amministrazione nella legge di approvazione del rendiconto.

(Art. 81 Cost.; d.lgs. n. 118 del 2011)

REGIONE LIGURIA – legge di approvazione del rendiconto 2016-2018 – applicazione di una quota libera di avanzo di amministrazione – posta fittiziamente creata – illegittimità costituzionale – sussistenza.

(Art. 81, terzo comma, Cost.; art. 6 l. r. Liguria 2 novembre 2016, n. 26)

REGIONE LIGURIA – legge di approvazione del rendiconto 2016-2018 – coinvolgimento nella sua interezza da parte dell'illegittimità dell'avanzo di amministrazione

- illegittimità costituzionale consequenziale – sussistenza.

(Art. 27 della legge n. 87 del 1953; l. r. Liguria 9 agosto 2016, n. 20)

L'avanzo di amministrazione, che deve risultare coerente con i profili giuridici inerenti alle partite creditorie e debitorie, può essere utilizzato solamente in seguito al definitivo accertamento mediante approvazione del rendiconto.

E' erroneo considerare il fondo di anticipazione di liquidità e il complesso dei mutui autorizzati e non contratti quali componenti attive del risultato di amministrazione; essi riguardano solo profili debitori o si determinano in cespiti inesistenti: a quest'ultima categoria appartengono i mutui autorizzati e non stipulati, mentre le anticipazioni di liquidità costituiscono elemento influente sulla sola cassa e non un cespite utilizzabile nella parte attiva del bilancio.

L'equilibrio del bilancio considerato nella sua prospettiva dinamica "consiste nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche" ed esige che la base di tale ricerca sia salda e non condizionata da perturbanti potenzialità di indeterminazione.

L'anticipazione di liquidità, per il suo carattere neutrale rispetto alla capacità di spesa dell'ente, deve essere finalizzata esclusivamente al pagamento dei debiti scaduti relativi a partite già presenti nelle scritture contabili di precedenti esercizi e non figurare come componente attiva del risultato di amministrazione.

L'elevata tecnicità e la sofisticata articolazione degli allegati della legge di approvazione del rendiconto deve essere necessariamente compensata da una trasparente, corretta, univoca, sintetica e inequivocabile indicazione nel testo della legge del risultato di amministrazione e delle relative componenti di legge.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 6 della legge della Regione Liguria 2 novembre 2016, n. 26 (Assestamento al bilancio di previsione della Regione Liguria per gli anni finanziari 2016-2018) per contrasto con l'art. 81, terzo comma, Cost., in quanto, prevedendo l'applicazione al bilancio di una quota libera di avanzo di amministrazione, pone in essere una posta fittiziamente creata, in realtà inesistente, alla quale non corrisponde un correlato risultato positivo di amministrazione riferito all'esercizio finanziario 2015.

È costituzionalmente illegittima, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), la legge della Regione Liguria 9 agosto 2016, n. 20 (Rendiconto generale dell'amministrazione della Regione Liguria per l'esercizio finanziario 2015), in quanto l'assenza di un risultato univoco di amministrazione, l'incongruità degli elementi aggregati per il suo calcolo e l'inderogabile principio di continuità tra gli esercizi finanziari – che richiede il collegamento genetico tra i bilanci secondo la loro sequenza temporale – coinvolgono la legge di approvazione del rendiconto 2015 nella sua interezza, non essendo utilmente scindibili gli elementi che ne compongono la struttura.

S.F.

Documenti

Il “profilo” della Regione Liguria nell’anno 2017

Lara Trucco

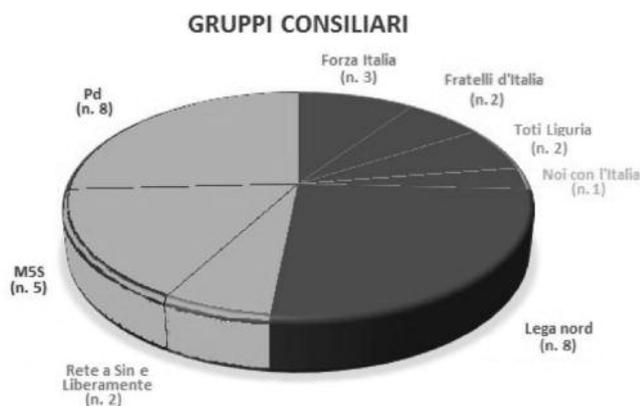
Professore Ordinario nell’Università di Genova

Sommario: 1. Il consolidamento della compagine di governo. - 2. Le prime incrinature. - 3. La produzione legislativa e la tecnica di drafting. - 4. L’“agenda normativa” tra azioni programmate ed attività promozionali.

1. Il consolidamento della compagine di governo.

Superato, ormai, il giro di boa della X Legislatura principciata a seguito delle elezioni regionali del 31 maggio 2015, con l’intento di intercettare i propositi di questo “speciale” Fascicolo della Rivista, può essere utile delineare, per l’essenziale, il “profilo” della Regione Liguria nel 2017, mettendo a fuoco taluni dei principali accadimenti politici e, soprattutto, istituzionali, nell’annata in questione.

È opportuno subito considerare come i rischi, da più parti paventati all’indomani delle elezioni, di un imminente ritorno alle urne, in ragione del risicato numero di consiglieri “di maggioranza” (in numero di 16 vs. n. 15 di opposizione) non si siano concretizzati, sembrando, anzi, a tutt’oggi, la giunta di Giovanni Toti (esponente di spicco, notoriamente, di Forza Italia), nonostante tutto, portare avanti senza soverchie difficoltà la propria azione di governo (si riporta qui di seguito l’attuale suddivisione in otto gruppi consiliari del Consiglio regionale-Assemblea legislativa della Liguria, che, a norma dello Statuto, si compone di 30 componenti, oltre al Presidente: come si vede, il centrodestra al governo si compone dei gruppi della Lega Nord, Fi, Fratelli d’Italia e Noi con l’Italia, mentre l’opposizione vede Pd, M5S e Rete a Sinistra/Liberamente Liguria).



Si stanno pertanto inverando le premonizioni dello stesso Presidente della Regione, il quale aveva ritenuto di poter comunque contare sul sostegno di «una maggioranza umana-mente oltre che politicamente coesa e un programma realistico». Ciò, dopo che i giudici amministrativi si erano espressi negativamente in punto di attribuzione del “premio di maggioranza” alla lista uscita vincitrice dalle elezioni (secondo quanto previsto dall’art. 15, c. 13, nn. 6),7), 8) della disciplina transitoria delle elezioni regionali, dal momento che la Liguria non si è dotata di una propria legge elettorale regionale, data dal combinato disposto delle leggi n. 108 del 1968 e n. 43 del 1995). Premio di maggioranza che avrebbe comportato l’assegnazione di tre seggi aggiuntivi alla lista/coalizione vincente (ovvero il 55% del numero totale dei seggi, avendo i primi arrivati ottenuto meno del 40% dei voti espressi) con una più elevata garanzia di stabilità, almeno nell’immediato, del governo regionale. Ed infatti, sia il T.A.R. Liguria (sez. II, sent. n. 756/2015) che il Consiglio di Stato (sez. V, sent. n. 1601/2016), rifacendosi alla giurisprudenza costituzionale (sent. n. 4/2010), reputarono necessaria ed imprescindibile, in casi del genere, la previsione esplicita da parte degli statuti regionali dell’eventualità di un aumento del numero di consiglieri regionali, considerando la composizione degli organi legislativi regionali una fondamentale scelta politica sottesa alla determinazione della forma di governo della Regione, e conseguentemente inammissibile l’applicazione di meccanismi diretti ad attribuire seggi premiali, quando, come nel caso della Liguria, la fonte statutaria indichi un numero fisso di consiglieri.

Ebbene, come si è anticipato, malgrado le difficoltà, il suddetto spirito di aggregazione si è nel tempo consolidato, grazie certamente ed innanzitutto all’abilità del Presidente Toti di rinforzare l’asse politico con la Lega nord, intensificando, nel contempo e più in generale, il dialogo con la maggioranza di governo. Ciò, benché, in verità, il 2017 non sia cominciato nel migliore dei modi, se solo si pensa che nei primi giorni di gennaio il governo aveva impugnato la legge di bilancio, e che di lì a breve dello stesso sarebbero state rimarcate talune rilevanti criticità anche nella relazione per l’apertura dell’anno giudiziario da parte del procuratore regionale della Corte dei Conti (in ragione, principalmente, di una gestione passata tutt’altro che proficua degli immobili pubblici e della spesa farmaceutica regionale). Là dove, lo si anticipa sin d’ora, proprio le disposizioni di assestamento del bilancio della Regione del 2016 (art. 6, L. n. 26/2016), nonché, in via consequenziale, addirittura l’intera legge di approvazione del rendiconto generale (L. n. 20/2016) sarebbero state dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale per contrasto con l’art. 81 della Costituzione, rilevata la non conformità alla Carta della prassi (invalsa nel caso di specie) di autorizzare spese d’investimento senza prima avere perfezionato i mutui attraverso cui le stesse dovrebbero essere finanziate (nel comunicato della Corte si parla di «leggi regionali contenenti manipolazioni del bilancio» (!)), considerato, in particolare, «che l’anticipazione di liquidità, per il suo carattere neutrale rispetto alla capacità di spesa dell’ente, deve essere finalizzata esclusivamente al pagamento dei debiti scaduti relativi a partite già presenti nelle

scritture contabili di precedenti esercizi e non figurare come componente attiva del risultato di amministrazione (sent. n. 274, § 4.3).

2. Le prime incrinature.

La prima vera “spaccatura” nella compagine di centrodestra si è registrata solo nel luglio e, cioè, dopo ben due anni di governo della Regione, a seguito di una nomina non condivisa da parte dell’esecutivo (nella sanità), contrastante, per di più, col parere contrario espresso dalla II Commissione consiliare. Ed infatti, qualche segnale di insofferenza in seno alla maggioranza manifestatosi nel febbraio, sempre per una nomina (allora, di un rappresentante all’interno della Consulta per il diritto allo studio universitario), era stata vista come un semplice *alert* nei confronti dell’esecutivo, affinché il baricentro territoriale di riferimento non fosse spostato (anche nel reclutamento del personale) verso altre regioni limitrofe (segnatamente, la Lombardia), per cui nell’occasione ci si era determinati, pare, senza troppe difficoltà, per il ritiro della proposta dal tavolo della I Commissione consiliare.

In tale contesto, “in bilico”, al punto da risultare a tratti “altalenante”, è parsa la collocazione politica della principale forza di opposizione, e cioè a dire il Pd, alla costante ricerca della più opportuna posizione nello scacchiere politico regionale, ovvero di un equilibrio (pur sempre instabile) tra la necessità di mantenere le distanze, vuoi dalle forze di centrodestra, vuoi dal MoVimento 5 Stelle, senza però nel contempo essere del tutto emarginato ed escluso.

Può leggersi con questa lente la mancata approvazione, nel mese di marzo, di una proposta di legge del M5S volta all’introduzione in via sperimentale del reddito di cittadinanza mensile nella Regione (per la precisione, di 400 euro, per 7.000 residenti da estendere, in prospettiva, a 100.000 liguri sotto la soglia di povertà relativa minima, con una copertura iniziale di 27 milioni di euro attinti dalle risorse regionali). In quel frangente, infatti, solo 7 consiglieri (di M5S, Rete a Sinistra e LiberaMente) si sono espressi a favore del testo di legge, mentre i 23 restanti voti (di centrodestra e Pd) furono di segno contrario. Il progressivo avvicinarsi delle elezioni comunali, poi, ha comportato l’ulteriore polarizzazione delle posizioni in campo, come dimostrato, in particolare, dalla risonanza mediatica della vicenda della raccolta delle firme nel palazzo della Regione per le candidature a Palazzo Tursi di alcuni consiglieri regionali del M5S stesso, ai quali, in forza dell’interpretazione data dal Presidente del Consiglio regionale, è stato rimproverato in modo *bipartisan* un utilizzo “improprio” degli spazi di Via Fieschi (dove sono ubicati i locali del Consiglio regionale in Genova), da intendersi riservati solo ed esclusivamente per lo svolgimento delle attività dei gruppi ai fini dei lavori del Consiglio, e non per altre finalità, pur se di rilievo politico (art. 13 Reg. int.).

Qualcosa di analogo, poi, ha visto come protagonista lo stesso Presidente Toti, il quale è stato al centro di una polemica per il fatto di avere pubblicato sul sito istituzionale delle Regione – e per suo tramite sui vari *social network* – materiale elettorale a sostegno del candidato sindaco del centrodestra, subito segnalato al Corecom Liguria per violazione della *par condicio* e prontamente rimosso dal web.

È stato, invece, a ben vedere, dinnanzi a questioni “*ideologically oriented*” che il Pd ha svolto più strenuamente il ruolo di opposizione. Basti pensare alla resistenza, rivelatasi poi efficace, che Pd e M5S hanno opposto – con denunce di “incostituzionalità” e di “razzismo” – alla proposta di legge della

Lega Nord volta a “fermare il *business* di migranti” tacciata di “portare degrado anziché sviluppo sul territorio”, attraverso lo *stop* al finanziamento con risorse della Regione delle strutture turistiche ospitanti i migranti stessi, in ragione, a dire dei proponenti, dell’impossibilità di ravvisarne una qualche legame col turismo. Una medesima sinergia non è bastata, invece, a bloccare, nel quadro della più ampia riforma dell’edilizia pubblica regionale, la previsione, tra i requisiti necessari per l’ottenimento degli alloggi popolari, dell’obbligo di residenza sul suolo nazionale da dieci anni e da cinque anni nel Comune in cui si presenta la richiesta: normativa che, peraltro, al momento in cui si scrive pende dinnanzi alla Consulta (l’udienza pubblica è fissata il 10 aprile 2018), in attesa del vaglio di costituzionalità (v. il ric. dell’8 agosto del Presid. Cons. min, in reg. ric. n. 55 del 2017, pubbl. su G.U. del 13/09/2017 n. 37).

A movimentare la situazione, poi, sono state le prese di posizione di alcuni dei più importanti esponenti dei principali gruppi consiliari. Si pensi, in particolare, allo scontro avvenuto durante i lavori del Consiglio del 5 maggio – che ha portato alla sospensione della seduta – tra la capogruppo del Pd Raffaella Paita e la consigliera della Lega Nord Stefania Pucciarelli, originato dal voto contrario del centrodestra all’istituzione di un “tavolo di lavoro interistituzionale” per la predisposizione di un piano di bonifica del Parco regionale di Montemarcello-Magra: territorio, che, notoriamente, ospita varie discariche abusive, per la cui “gestione”, purtroppo, continua ad attendersi da tempo la presa in carico da parte della Regione.

3. La produzione legislativa e la tecnica di *drafting*.

Addentrando ora nell’esame dei profili più strettamente giuridici che si sono registrati nel contesto per l’innanzi esaminato, può essere di interesse segnalare, sia pur sommarariamente (ed in attesa che tali profili vengano meglio approfonditi nel consueto “Rapporto annuale sulla legislazione” ligure), l’attività legislativa svolta dall’Assemblea della Liguria. In quest’ottica, è possibile, quindi, rilevare che nell’anno di riferimento sono state approvate 33 leggi regionali, con una produzione normativa, pertanto (come emerge dal grafico che segue) superiore a quella del 2015 (n. 29 l.r. e n. 1 l.st.) ed in linea con quella del 2016 (n. 35 l.r.), ma mediamente inferiore a quella avutasi nella precedente legislatura (in cui si sono contate: nel 2011, n. 39 l.r.; nel 2012, n. 52 l.r.; nel 2013, n. 43 l.r. e n. 1 l.st.; nel 2014, n. 42 l.r.).

Tra gli interventi normativi di maggior rilievo sul piano istituzionale vanno menzionate la l.r. n. 4, in materia di *referendum* popolari regionali; le ll.rr. n. 17 e 18, rispettivamente, di riordino e razionalizzazione delle funzioni conferite alle province ed alle comunità montane soppresse; nonché la l.r. n. 23, concernente l’autonomia del Consiglio regionale. Quanto, poi, alle normative di più ampia portata si segnalano la l.r. n. 1, in materia urbanistica; la l.r. n. 9, concernente il settore sanitario; la l.r. n. 12, sulla qualità dell’aria; le ll. nn. 25 e 26, di disciplina delle imprese balneari e delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative; nonché le già evocate ll. nn. 13 e 15, di regolamentazione del settore dell’edilizia residenziale pubblica.

Più in generale, nel 2017 il carattere manutentivo della legislazione è risultato nettamente preponderante, attraverso un impiego assiduo della tecnica della novellazione e la predisposizione di norme di modifica di leggi precedenti, con interventi di *drafting* di carattere per lo più correttivo, integrativo e di specificazione dei testi normativi riguardati.

Così, delle suddette 33 leggi regionali, ben 17 – e cioè a dire, la metà – sono state “di modifica” di norme precedenti; là dove si raggiunge quota 26 – ovvero addirittura quasi l’80% della produzione legislativa regionale – se ad esse si aggiungono le leggi di istituzione e modifica delle denominazioni di comuni (v., rispettivamente, le vicende del comune di Montalto Carpasio e di Luni) e quelle di natura economico-finanziaria. Peraltro, proprio quest’ultimo settore (v. il grafico che segue) risulta quello maggiormente toccato dagli interventi del legislatore regionale (ed infatti, le leggi di natura economico-finanziaria sono state 9, a fronte delle 6 su ambiente/territorio; 4 enti locali; 4 turismo, commercio, imprese; 2 criminalità; 2 edilizia, 2 grandi opere/trasporti, 1 istituzioni, 1 sanità, 1 *referendum*, 1 grandi opere ed 1 urbanistica).

Senza qui approfondire la questione come meriterebbe, ci si limita a rilevare come il ricorso ad una simile tecnica normativa risulti di più agevole ed immediata praticabilità rispetto alla predisposizione di riforme di tipo “organico” (per non dire, poi della messa in campo di vere e proprie “codificazioni” e “compilazioni” di testi unici), se non altro per il fatto di poter contare su di un sostrato normativo già strutturato (così da essere considerato un tipo di *drafting* “parassita”). Tuttavia, ciò pare avvenire a scapito di un abbassamento della “qualità” della produzione normativa, considerato, il certo “appannamento” della visione d’insieme della normativa riguardata, nonché, contestualmente, l’aumento delle possibilità di errore sul piano formale (sintattico e semantico) all’atto di effettuare le suddette modifiche, ed altresì su quello sostanziale, data la possibile elusione, in questi casi, delle valutazioni di impatto *ex ante* ed *ex post* delle parti dei testi normativi non immediatamente interessate dagli interventi di modifica.

Di qui l’auspicio che possa trovare un ampio e rinnovato spazio l’obiettivo di una migliore qualità della normativa regionale, col rilancio della strada intrapresa con la l.r. n. 13/2011 “sulla qualità della regolazione e sulla semplificazione amministrativa” (e proseguita poi, in particolare, da “provvedimenti di semplificazione”, “agende normative”, “disposizioni sulla qualità della legislazione” e circolari “in materia di processo legislativo regionale”). Ciò che, del resto, costituirebbe attuazione dello stesso programma di governo, in cui nel conferire importanza alla “verifica costante dell’impatto della regolazione regionale”, si prevede espressamente il “potenziamento delle azioni previste dalla legge regionale 13/2013 in materia di agenda normativa” con l’“eventuale incremento di azione della stessa”, ed un “maggior utilizzo dell’attività di semplificazione”.

Quanto osservato potrebbe avere ricadute positive anche sul contenzioso costituzionale: eventualità, questa, tanto più apprezzabile se si considera l’aumento delle dichiarazioni di incostituzionalità di leggi liguri da parte della Consulta, essendosi passati dalle tre censure del 2016 alle sei del 2017, arrivate tutte alla Corte in “via diretta” a seguito di ricorsi promossi dal Presidente del Consiglio dei ministri (sent. n. 50: urbanistica; sent. n. 139: varie; sent. n. 160: legge di stabilità; sent. n. 172: interventi in favore delle vittime della criminalità; sent. n. 173: servizio idrico integrato e gestione integrata dei rifiuti; sent. n. 274: bilancio di previsione).

Tra queste (al di là di quanto si è più sopra riferito circa la sorte delle norme di bilancio del 2016), un vivace dibattito nell’opinione pubblica l’ha suscitato la previsione dell’imputazione in capo alla Regione delle spese nei procedimenti penali per la difesa dei cittadini che vittime di un delitto con-

tro il patrimonio o contro la persona fossero stati indagati per aver commesso un delitto per eccesso colposo in legittima difesa ovvero assolti per la sussistenza dell’esimente della legittima difesa (art. 1, c. 2 della L.r. n. 11/2016). Una tale disposizione, infatti, è stata dichiarata incostituzionale con riferimento al profilo competenziale (sent. n. 172), attenendo, secondo la Corte una tale materia all’“ordine pubblico e sicurezza” di competenza esclusiva dello Stato, risultando, in quanto tale, sottratta alla potestà legislativa regionale (ex art. 117, 2° c., lett. h) Cost. Potendosi pensarsi che, così argomentando, la Corte abbia lasciato impregiudicata la valutazione di merito della scelta del legislatore, o che, invece, tra le righe della pronuncia possa comunque vedersi una presa di distanza, se non la vera e propria stigmatizzazione, nei confronti di una previsione normativa incentivante, sia pure indirettamente, alla violenza (si osserva come nella precedente sent. n. 81 del 2017 (v. supra il contributo di F. Bailo, p. 56 e ss.), in un caso analogo, un tale aspetto fosse rimasto in ombra).

4. L’“agenda normativa” tra azioni programmate ed attività promozionali.

In queste battute finali pare opportuno tornare a portare l’attenzione su quella parte del ridetto programma di governo (ora pubblicato, altresì, sul sito istituzionale della Regione) concernente l’“agenda normativa”, in cui, tra le altre cose, si ha cura di evidenziare il carattere strategico dell’“assetto normativo” regionale, in quanto “segnale della modernità e della capacità di competizione di un territorio”, con la correlativa necessità di saperne garantire l’“attualizzazione ai cambiamenti del sistema”, specie “oggi che i sistemi economici appaiono complessi e attraversati continuamente da discrasie”.

Ora, se si guarda (anche con un occhio al 2016) alle “azioni” a tal fine programmate, ci si avvede di come resti ancora molta strada da percorrere. Ed infatti, nell’ambito delle quattro “macro-aree” previste, sinora il legislatore regionale pare avere toccato, in qualche misura (ovvero in applicazione della menzionata tecnica normativa), quella concernente l’“ambiente ed il territorio” (spec. urbanistica, trasporto pubblico locale, edilizia, rifiuti, acque, dissesto idrogeologico ed erosione) e quella relativa a “sanità e servizi alla persona” (strutture sanitarie). Là dove anche a non voler considerare la promessa predisposizione di “norme a sostegno della famiglia”, ancora si attendono interventi “di peso” nella “macro-area” concernente lo “sviluppo dell’economia e dell’occupazione” ed in quella della cd. “*governance*” (leggi: “forma di governo regionale”). Spiccando, in particolare, a quest’ultimo proposito, l’impegno “programmato” alla redazione di un nuovo Statuto e della relativa legge elettorale regionale, su cui al momento vi è totale riserbo, ma rispetto si l’auspicio è quello di un intervento adeguato e tempestivo (e cioè immediato).

Un settore rientrante pur sempre in quest’ultima “macro-area” su cui il Presidente Toti parrebbe aver puntato è il “digitale”, come dimostra la scelta, non scevra, peraltro, da critiche, di affidare ad una società privata (“Liguria Digitale”) di cui la Regione era (ed è) azionista di maggioranza, la contestuale gestione delle reti e dei sistemi, nonché l’erogazione dei servizi di *e-government* della Regione stessa. Su questa base si attende quindi ora, secondo quanto previsto dalla cd. “agenda digitale regionale”, l’investimento di oltre 54 milioni di euro (ricavati da fondi europei e propri) per la realizzazione di progetti “altamente strategici” per il territorio della Regione.

Volendosi poi ulteriormente estendere la nozione di “comunicazione” (spec. rispetto a quella contenuta nel programma di governo della Regione), si coglie il ragguardevole investimento, in termini di immagine, della Presidenza Toti (anche) nei *media* (tradizionali). Una tale strategia comunicativa lo ha portato a comparire molto di frequente nell’annata di riferimento su giornali e televisioni non solo locali, ma anche – in forza, tra l’altro, del “peso” mantenuto nel proprio partito – nazionali, ad indubbio beneficio di un’ampia divulgazione della sua azione di governo.

In questo senso, certamente impegnativa ma altrettanto proficua è stata l’attività “promozionale” della Regione. Si pensi, al proposito, alla sponsorizzazione dei “prodotti” liguri svolta dallo stesso Toti all’atto di “rinnovare” la sede della Regione Liguria a Bruxelles (a dispetto dell’estrema la-

conicità di riferimenti nel programma di governo circa i rapporti dell’ente territoriale con l’Unione europea e gli organismi internazionali). E, soprattutto, alla risonanza mediatica riscossa, in primavera e per tutta l’estate, dal “*red carpet*”: la “passiera” lunga otto chilometri distesa, per volontà dello stesso Toti, tra Rapallo e Portofino... a cui ha contribuito certamente l’attrattiva in sé della trovata, ma anche le polemiche che ne sono scaturite, a motivo della denunciata dilatazione dei costi dell’opera gravanti sul bilancio della Regione. Spese a cui avrebbe contribuito, si noti, la stessa *communication strategy* dell’iniziativa che, peraltro, in maniera probabilmente non del tutto opportuna, la giunta regionale aveva affidato a “Liguria Digitale” (v. *supra*), di cui era stato amministratore unico (sino al 4 maggio) il futuro (ed attuale) sindaco di Genova (eletto il 25 giugno successivo).

Sezione di diritto tributario

Massime

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 9 marzo 2017, n. 438 – Pres. Fenizia – Rel. Galletto.

ACCERTAMENTO – sottoscrizione dell’avviso di accertamento – ex art. 42 d.p.r. 1973, n. 600 – validità della delega – individuazione nominativa del delegante – necessità – “delega in bianco” – illegittimità.

Dalla lettura dei documenti prodotti non è dato rinvenire le condizioni indispensabili ai fini dell’esistenza di un valido provvedimento di delega in ordine al provvedimento impugnato. E ciò in quanto il provvedimento che detta le modalità generali di esercizio della delega della firma si limita solo ad una descrizione di atti e alla indicazione della qualifica necessaria per la loro sottoscrizione, ma non contiene alcun nominativo che sia associato allo specifico atto da sottoscrivere (la c.d. delega “in bianco”); tutti i provvedimenti indicati hanno una durata non circoscritta incompatibile con la necessità di individuare una connessione con l’atto da sottoscrivere.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 21 novembre 2017, n. 1582 – Pres. Cardino – Rel. Pennucci.

ACCERTAMENTO sintetico ex art. 38 d.p.r. 1973, n. 600 – sostenimento di spese di consumo e di incremento patrimoniale – concorso nel loro sostentamento da parte del convivente – rilevanza – riduzione del maggior reddito.

Il contribuente nel corso del giudizio di primo e di secondo grado non ha prodotto documentazione probante volta a dimostrare la provenienza non reddituale delle somme necessarie per mantenere il possesso dei beni indicati dall’Ufficio, preso atto tuttavia che il 50% delle spese riferite all’immobile erano state sostenute dal convivente, e che, verosimilmente, quest’ultimo aveva sostenuto altre spese attribuite al contribuente, appare equo e corretto, come per altro proposto dallo stesso Ufficio in sede di mediazione, rideterminare il reddito complessivo netto.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 17 gennaio 2018, n. 58.

ACCERTAMENTO – avvocato – attività antieconomica – art. 39, c. 1, lett. d, d.p.r. 600/73 – assenza di ulteriori elementi gravi, precisi e concordanti – validità – esclusione.

E’ illegittimo l’accertamento emesso nei confronti di un avvocato ai sensi dell’art. 39, c. 1, lett. d), d.p.r. n. 600/73, se fondato unicamente sulla affermata antieconomicità della sua attività senza l’ulteriore dimostrazione dell’esistenza di elementi gravi, precisi e concordanti (nella specie, l’avvocato, ormai prossimo alla pensione, aveva scelto di esercitare l’attività anche se non in forma redditizia al solo scopo di maturare il diritto alla pensione, potendo contare su di un consistente patrimonio familiare)

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 15 gennaio 2018, n. 37.

ACCERTAMENTO – tipologia “sintetica” – “redditometro” e “spesometro” - differenze

Il meccanismo su cui si basa il redditometro, a differenza dello spesometro, è fondato sulla nozione di comune esperienza secondo la quale nessun soggetto impiega tutto il proprio reddito per il mantenimento di un bene indice ma che, ragionevolmente, al mantenimento del bene indice viene destinata una quota parte del proprio reddito. Da qui il corollario per cui il possesso di un bene indice legittima l’inferenza del possesso di un reddito sicuramente superiore a quello corrispondente alle spese destinate al bene indice. Ne consegue che è irrilevante ai fini della prova contraria che incombe sul contribuente sostenere che per l’autovettura, come pure per qualsiasi bene indice, quali la casa o il mutuo, la spesa effettiva sostenuta sia inferiore al reddito inferito dall’ufficio. Simile operazione, che si risolve nella trasformazione del redditometro nel diverso strumento dello spesometro, è errata.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 7 febbraio 2018, n. 114.

ACCERTAMENTO – “a tavolino” – contraddittorio – obbligo – non sussiste.

IMPOSTE SUI REDDITI – associazione professionale – tributi e sanzioni accertati nei confronti di terzi per errori commessi dall’associazione professionale e rimborsati direttamente ai terzi – inerenza – sussiste – deducibilità – sussiste.

Nei casi di accertamento compiuto “a tavolino” ed al di fuori dei tributi armonizzati, diversamente dal diritto dell’Unione Europea, nell’ordinamento nazionale non è previsto un obbligo generalizzato di ricorrere al contraddittorio ogni qual volta l’Amministrazione finanziaria adotti un provvedimento lesivo dei diritti e degli interessi del contribuente.

Le imposte e le sanzioni conseguenti ad errori colposi imputabili al professionista nell’esercizio dell’attività professionale devono essere ricondotte tra le spese deducibili di cui all’art. 54 TUIR in quanto pagate per danni causati nell’ambito dell’attività professionale. Ai fini della deducibilità di tali importi, a nulla rileva la scelta del professionista di non avvalersi dell’assicurazione professionale ma di rimborsare direttamente al proprio cliente le somme che quest’ultimo ha dovuto pagare per effetto dell’errore commesso dal professionista

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 20 marzo 2018, n. 365 – Pres. Mignone – Rel. Penna.

ACCERTAMENTO catastale – difetto si sua sottoscrizione per irregolarità nella delega – sussistenza – fattispecie – accertamento – nullità.

Nel caso in esame il Collegio si allinea alla pronuncia n. 22803/2015 della Suprema Corte, ricordando che la delega deve essere specifica, chiara e deve essere identificabile nei suoi dati topici (dove è conferita), storici (quando è conferita) e funzionali (per quali funzioni). Un atto di delega privo di tali elementi “non è idoneo a conferire al sostituto il potere d’azione di cui è titolare il conferente”. Nel caso in esame vediamo una delega con una data di conferimento con durata circa di una anno, inclusiva di una “serie indiscriminata di deleghe senza nemmeno che emerga la motivazione specifica per il conferimento del potere sostitutivo dell’Ing. Salvatore Trapani, come per esempio o per la carenza di

personale e/o assenza per ferie del titolare e/o vacanza e/o la malattia e/o l'indisponibilità del dirigente. Così facendo, il funzionario non veniva legittimamente autorizzato a compiere un preciso tipo di azioni, bensì si realizzava una vera e propria "sostituzione sine die" del soggetto delegante.

Devono, quindi, ritenersi illegittime tali deleghe e ciò si riflette sulla nullità dell'atto impositivo.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 21 settembre 2017, n. 1299 – Pres. e Rel. Pasca.

Art. 10 comma 8 bis e 8 ter d.p.r. 1972, n. 637 - immobile - cessione in lease back - supplemento imposta ipotecaria e catastale ex art. 35 comma 10 ter d.l. 223 del 2006 - legittimità - circolare 12 E del 12 marzo 2010 - inapplicabilità.

La circolare invocata dalla parte contribuente (circolare dell'Agenzia delle Entrate 12 E del 12 marzo 2010) non è applicabile al caso concreto portato all'esame del collegio in quanto l'immobile strumentale che è stato ceduto con il contratto sopra indicato risulta essere stato venduto ad una società di leasing ma al solo scopo di essere poi concesso in locazione alla società utilizzatrice che nell'atto specifica come ritenga idoneo alle proprie necessità e corrispondente alle esigenze conseguenti alla propria attività, l'immobile medesimo.

Conseguentemente essendo il bene immobile idoneo ad espletare la sua funzione deve ritenersi ultimato e pertanto non è escluso dall'ambito applicativo dell'articolo 10 del d.p.r. 637 72 8 bis e 8 ter ed assoggettabile ad imposta con aliquota ordinaria.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 13 novembre 2017, n. 445 – Pres. Sgambati – Rel. Ranaldi.

CARTELLA esattoriale - impugnazione - emendabilità della dichiarazione - fattispecie.

La Corte di Cassazione, pronunciando in tema d'imposte dirette, ha reiteratamente affermato il principio di diritto secondo cui, in adesione all'art. 53 Cost., la possibilità per il contribuente di emendare la dichiarazione, allegando errori, di fatto o di diritto, commessi nella sua redazione e incidenti sull'obbligazione tributaria, è esercitabile non solo nei limiti in cui la legge prevede il diritto al rimborso, ai sensi del D.P.R. n. 602 del 1973, art. 38, ma anche in sede contenziosa per opporsi alla maggiore pretesa tributaria dell'amministrazione finanziaria (Sez. 6-5, Ordinanza n. 3754 del 18/02/2014; conf. Sez. 5, Sentenza n. 2226 del 31/01/2011 e n. 22021 del 13/10/2006). La dichiarazione fiscale infatti non ha, in generale, natura di atto negoziale e dispositivo, ma reca una mera esternazione di scienza e di giudizio, modificabile in ragione dell'acquisizione di nuovi elementi di conoscenza e di valutazione sui dati riferiti, costituendo essa un momento dell'iter volto all'accertamento dell'obbligazione tributaria (Sez. U. n. 15063 del 25/10/2002).

Né esigenze di mera stabilità amministrativa possono comprimere il diritto del contribuente a versare le imposte secondo il principio di capacità contributiva sancito dall'art. 53 Cost.; tanto in sintonia con la disposizione statutaria dell'art. 10, secondo cui i rapporti tra contribuente e fisco sono improntati al principio di collaborazione e buona fede, essendo, appunto, conforme a buona fede non percepire somme non dovute ancorché dichiarate per errore dal presunto debitore (Cass. n. 22021 del 13/10/2006).

Nel caso di specie è evidente l'errore di diritto in cui è incorsa la ricorrente, per cui la possibilità di emenda della erronea dichia-

razione è senz'altro esercitabile nella presente fase per opporsi alla maggiore pretesa tributaria azionata dal fisco con diretta iscrizione a ruolo a seguito di mero controllo automatizzato (Cass. n. 26198/2014). Né appare accettabile e compatibile con il principio di capacità contributiva la tesi dell'ufficio secondo cui la contribuente dovrebbe comunque pagare le imposte, per poi chiederne successivamente la deduzione facendo valere la perdita su crediti ai fini fiscali, e ciò a fronte di crediti già accertati come inesistenti in questa fase contenziosa.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 17 gennaio 2017, n. 37 – Pres. Fanucci – Rel. Goso.

CARTELLA di pagamento - duplicazione di notifica con allargamento ai responsabili solidali - previo annullamento prima cartella notificata - necessità.

Pur non essendo stato chiarito se la notifica della nuova cartella di pagamento (o, se si preferisce, la ripetizione della notifica della stessa cartella) sia stata frutto di errore ovvero di una condotta consapevolmente posta in essere dall'Ufficio. Tale iniziativa ha tuttavia determinato, anche in ragione dell'ampliamento del novero dei destinatari della notifica (i due figli obbligati in solido), le condizioni oggettive per un'indebita duplicazione del prelievo tributario.

Si tratta di un profilo pregiudiziale e assorbente rispetto a ogni altra questione di merito che, pur non essendo stato vagliato dal giudice di prime cure, è suscettibile di scrutinio nella presente fase processuale in quanto specificamente dedotto con il ricorso di primo grado e riproposto con effetto devolutivo nel giudizio d'appello.

La relativa censura è palesemente fondata in quanto, prima di dare luogo all'incombente in questione, l'Ufficio avrebbe dovuto annullare in autotutela la prima cartella di pagamento (con effetto estintivo del giudizio tributario incardinato per la caducazione di tale atto) e, successivamente, emettere una nuova cartella.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 8 giugno 2017, n. 884 – Pres. Delucchi – Rel. Toscano.

CARTELLA di pagamento - notifica via Pec - mancanza relata di notifica - irrilevanza.

E' stata sollevata l'omessa notifica della cartella di pagamento de quo. Il Collegio osserva, sul punto, che l'atto di cui è causa, è stato notificato a mezzo pec ai sensi di legge allo specifico indirizzo elettronico della Società come si evince dalla ricevuta di avvenuta consegna, versata in atti dall'A.F., tale notifica, peraltro, essendo stata effettuata direttamente dall'Agente della riscossione, all'uopo debitamente facoltizzato ex lege, non necessita di alcun intervento di terzi e di conseguenza non necessita alcuna relazione di notifica. Si osserva, inoltre, che parte ricorrente si è ritualmente costituita ed ha quindi potuto svolgere correttamente le proprie difese, ciò ha comportato una sanatoria ex art. 156 cpc. La doglianza è, quindi, fondata.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 23 ottobre 2017, n. 425 – Pres. Sorrentino – Rel. Molino.

CARTELLE di pagamento - loro regolare notifica - estratti di ruolo - non impugnabilità.

In presenza di notifica regolare delle cartelle di pagamento, l'impugnazione degli estratti di ruolo deve ritenersi inammissibile sia perché nel caso in esame gli estratti di ruoli non sono impugnabili, sia perché, chiedendo la parte la nullità degli estratti di ruolo, si andrebbe a contestare direttamente la debenza o meno dei tributi, eccezione non opponibile a Equitalia per carenza di legitti-

mazione passiva, dato che il ruolo viene emesso dall'ente creditore e non da Equitalia, cui compete solo la stampa e la notifica delle relative cartelle e la conseguente riscossione dei crediti iscritti.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova 16 febbraio 2017, n. 293 – Pres. DelVigo – Rel. Bozzano.

CATASTO – accertamenti in rettifica docfa - mutamenti spazi interni - irrilevanza.

L'unità immobiliare de quo, era di classe A/1 prima della citata Docfa avanzata per diversa distribuzione di spazi interni. Tale diversa distribuzione non può certamente aver peggiorato l'immobile de quo anzi, a ben vedere, dovrebbe aver portato un generale miglioramento stesso e a nulla valgono le asserite cattive condizioni manutentive dello stesso. Quindi ben ha fatto l'Ufficio a classare l'unità immobiliare nella categoria originaria A/1.

Commissione Tributaria Provinciale Genova, 16 novembre 2017, n. 1390 – Pres. e Rel. Delucchi.

CONTRIBUTO unificato – procedimento nanti il Tar – motivi aggiunti – domande nuove – inconfigurabilità – maggior contributo – non debenza.

Poiché, i motivi aggiunti non costituivano un ampliamento di quanto già oggetto del ricorso (né introducevano nuove azioni di accertamento o di condanna), non doveva essere chiesto alcun ulteriore contributo rispetto a quanto a suo tempo già corrisposto.

In tal senso è la giurisprudenza di questa Commissione (C.T.P. Genova 4 maggio 2016, n. 346) nonché della giustizia amministrativa (T.A.R. Catania 3 dicembre 2015, n. 284).

Il provvedimento impugnato dovrà quindi essere riconosciuto illegittimo e conseguentemente annullato.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 5 gennaio 2017, n. 1 – Pres. Sciacaluga – Rel. Solamito.

ICI – art. 9 comma 3 d.l. 1993, n. 557 - Fabbricati rurali – individuazione – categ. catastale A/6 e D/10 – necessità.

In ordine all'applicabilità dell'art. 9, comma 3, del D.L. 557/1993 c.d. "Fabbricati Rurali", le ricorrenti contestano l'imposizione dei fabbricati per i quali ritengono sia applicabile la speciale disciplina dei fabbricati rurali, che per il Comune di Imperia equivale all'esenzione dell'imposta essendo questo classificato come comune montano. La questione è stata risolta in modo definitivo dalla Suprema Corte che ha stabilito definitivamente che i fabbricati rurali non pagano ICI se risultano accatastati nelle categorie A6 e D10 mentre solo in caso di immobili non iscritti in catasto devono essere verificati i requisiti previsti dall'art. 9 del D.L. 557/93.

Significa che, qualora un fabbricato sia stato catastalmente classificato come rurale (cat. A6 per le unità abitative, cat. D10 per gli immobili strumentali alle attività agricole) resta precluso ogni accertamento, in funzione della pretesa assoggettabilità ad ICI del fabbricato in questione.

Risulta evidente che, nel caso di specie, essendo i fabbricati stati classificati in categorie urbane non possono essere esenti dall'ICI.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 5 gennaio 2017, n. 8 – Pres. Sciacaluga – Rel. Solamito.

IMPOSTA di registro – trasferimento di beni immobili – valore imponibile – determinazione – esclusivo riferimento a valori OMI – legge comunitaria 7 luglio 2009, n. 88 – applicabilità ad iva e imposte dirette – imposte ipocatastali – inapplicabilità.

La Commissione ritiene utile osservare che, come per i contratti a titolo oneroso, traslativi o costitutivi di diritti reali, la base imponibile per l'applicazione della imposta di registro proporzionale è costituita dal valore del bene o del diritto alla data dell'atto ovvero per gli atti sottoposti a condizione sospensiva ad approvazione o ad omologazione, alla data in cui si producono i relativi effetti traslativo o costitutivi.

Al riguardo sull'efficacia probatoria del valore normale, il ricorrente lamenta il fatto che, nella valutazione dell'immobile compravenduto, l'Ufficio sia ricorso esclusivamente ai valori determinati dall'OMI, non tenendo debito conto il fatto che la Legge Comunitaria 7 luglio 2009 n. 88 ha modificato le disposizioni relative alla determinazione del valore imponibile nelle transazioni immobiliari. La Comunitaria sopra citata è intervenuta esclusivamente sulla disciplina degli accertamenti IVA e Imposte Dirette. Per questi motivi può definirsi che il "valore normale", in materia di imposte d'atto non è stato intaccato dalle recenti modifiche legislative. Nel caso di specie, l'Ufficio ha recuperato solamente le imposte ipo-catastali, nulla è stato recuperato a titolo di IVA.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria 21 novembre 2017, n. 1590 – Pres. Cardino – Rel. Romano.

IRAP – rimborso – agente di commercio – auto organizzazione – non rileva quale autonoma organizzazione – distinzione – fattispecie.

Nel caso di specie non è dato apprezzare il requisito dell'autonoma organizzazione, non coincidente con l'auto organizzazione, ma intesa come elemento impersonale ed aggiuntivo rispetto all'apporto del professionista, ravvisabile allorché il contribuente impieghi beni strumentali eccedenti, secondo l'id quod plerunque accidit, il minimo di attività indispensabile per l'esercizio di attività in assenza di organizzazione (Cass. ord. N. 5040 del 2015).

La stessa voce su cui si appunta la doglianza di parte appellante, RG 14 del Modello Unico, Spese per lavoro dipendente e assimilato e per lavoro autonomo, ricomprendendo diverse categorie di lavoro, non consente di individuare se la rilevata increscente "incidenza delle spese sostenute" sia riferibile all'utilizzo di dipendente o collaboratore, come darebbe ad intendere parte appellante stando riferimenti giurisprudenziali citati.

A questo riguardo, va tenuto presente che all'iniziale orientamento più rigoroso, si è andato più recentemente affiancando, prima in maniera sporadica, da ultimo in maniera sempre più insistente, un diverso orientamento, escludente l'automatismo presenza anche di un solo dipendente – assoggettamento ad IRAP, laddove detta disponibilità non accresca la capacità produttiva del professionista.

Le spese dichiarate sono per giunta di importi piuttosto ridotti, tali da non poter essere ritenute di per sé significative di siffatto accrescimento (Cass. sent. del 28.11.2014, n. 25322) così da integrare il presupposto impositivo.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 17 gennaio 2017, n. 40 – Pres. Fanucci – Rel. Goso.

IRPEF - art. 32 comma 1, n., 2 d.p.r. 172, n. 600 – versamenti bancari – prova contraria – tipizzazione ex

art. 32 d.p.r. 1973, n. 600 – altri elementi di fatto – irrilevanza.

Con riferimento ai versamenti effettuati dai lavoratori autonomi sui propri conti correnti, infatti, la giurisprudenza di legittimità ritiene univocamente che l'art. 32 del d.p.r. n. 600/1973 ponga una presunzione legale a favore dell'erario che, data la fonte legale, non necessita dei requisiti di gravità, precisione e concordanza richiesti dall'art. 2729 c.c. per le presunzioni semplici (cfr., da ultimo, Cass., sez. trib., 9 agosto 2016, n. 16697).

Per poter superare tale presunzione legale, occorre che il contribuente fornisca valida prova contraria, dimostrando che gli elementi desumibili dalla movimentazione bancaria non sono riferibili ad operazioni imponibili e fornendo, a tal fine, una prova non generica, ma analitica, con indicazione specifica della riferibilità di ogni versamento bancario, in modo da dimostrare come ciascuna delle operazioni effettuate sia estranea a fatti imponibili (Cass., sez. VI, 5 maggio 2016, n. 9078).

Nel caso in esame, gli elementi forniti dal contribuente, consistenti in una ricostruzione fattuale dimostrata nonché priva dei necessari requisiti di attendibilità e verosimiglianza, sono palesemente inidonei ad assolvere tale stringente onere di prova.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria 16 gennaio 2017, n. 26 – Pres. – Rel. Pasca.

IRROGAZIONE sanzioni – omesso versamento di ritenute su compensi di lavoro autonomo – configurabilità di compensi afferenti reddito d'impresa – prelievo alla fonte – non applicabilità.

La Commissione Tributaria Regionale di Genova Sez. n. 5 tenuto conto che i titolari di reddito di impresa che esplicano una attività ben definita ed individuata nel momento in cui operano anche in altro settore ed attività in via non prevalente e continuativa mantengono la originaria normativa dell'attività principale che assorbe altra certamente secondaria.

Tutto quanto esposto nell'appello dell'Ufficio non ha pregio sufficiente per indurre alla modifica della sentenza appellata e pertanto delibera di confermare la sentenza appellata n. 78 del 13.02.2013 della Commissione Tributaria Provinciale di Genova sez. n. 1, di respingere l'appello e dichiara che sussistono validi motivi, data l'incertezza della materia, di compensare le spese.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 21 settembre 2017, n. 1307 – Pres. e Rel. Pasca.

PROCEDIMENTO di adesione – criteri di calcolo del termine per ricorrere – termine di convocazione del contribuente per il contraddittorio – irrilevanza – ricorso – inammissibilità.

Deve rilevarsi che non esiste alcun collegamento tra i 90 giorni conseguenti alla sospensione per tentata adesione e 15 giorni cui fa riferimento la parte contribuente quale termine entro il quale l'Ufficio avrebbe dovuto obbligatoriamente convocarla.

In tal senso anche la Suprema Corte la quale a tale proposito ha statuito come per la convocazione della parte contribuente, a seguito della sua richiesta, costituisce per l'Ufficio soltanto una facoltà.

Tale indirizzo è stato più volte ribadito con più interventi della Corte di Cassazione in particolare con ordinanza 29.127 del 28 settembre 2011 e con la sentenza 24.435 del 2013.

Pertanto tenendo conto dei 196 giorni complessivi a disposizione della parte del contribuente (60 giorni per la presentazione del ri-

corso; 90 giorni di sospensione per l'adesione 46 giorni sospensione feriale) il ricorso avrebbe dovuto essere notificato entro il 4 gennaio 2012 mentre invece risulta essere stato notificato soltanto in data 10 gennaio 2012.

Deve pertanto essere ribadita anche in questa sede l'inammissibilità dello stesso.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria 10 gennaio 2017, n. 6 – Pres. Soave – Rel. Teppati.

REDDITO d'impresa - ridotta entità dei ricavi dichiarati – antieconomicità dell'attività – sussiste – situazione reddituale dei soci - conferma.

Il reddito dichiarato, per l'anno in accertamento, di € 14.716,00, che è stato incrementato in sede di dichiarazione dei redditi, per non dichiarare il reddito di soli € 6.440,00, a fronte di costi contabilizzati per € 10.150,00, evidenzia l'antieconomicità dell'attività. I ricavi sono stati adeguati a quelli indicati dagli studi di settore, per cui l'impresa risulta "congrua agli studi di settore".

A sostegno della tesi dell'antieconomicità va riportato l'estratto delle sentenze della Corte di Cassazione n. 1821/2000, n. 7680/2002 e Cass. n. 5463/2003, con le quali è ribadito il principio: "secondo il quale colui che ha posto in essere un comportamento antieconomico abbia l'onere di fornire una giustificazione razionale alla propria scelta. La regola alla quale si ispira chiunque svolga un'attività economica è quella di ridurre i costi, a parità di tutte le altre condizioni. Pertanto, in presenza di un comportamento che sfugge a questo parametro di buon senso ed in assenza di una sua diversa giustificazione razionale, è legittimo il fondato sospetto che la incongruenza sia soltanto apparente e che dietro di essa si celi una diversa realtà".

Va infine considerato che sia il socio maggioritario (al 77%), che dichiara che la propria prevalente attività consiste nell'esercizio dell'impresa sia gli altri soci non hanno prodotto in atti documenti comprovanti altre fonti di reddito necessarie per il proprio sostentamento, oltre a quelle derivanti dal reddito societario.

Questo non può che confermare l'accertamento, non essendo stata prodotta alcuna idonea prova concreta che possa dimostrare l'illegittimità dell'accertamento.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 10 gennaio 2017, n. 12 – Pres. e Rel. Sgambati.

REGISTRO – ipotecaria e catastale – agevolazione ex art. 32 d.p.r. n. 1973, n. 601 – piani urbanistici particolareggiati – nozione.

Alla ricorrente spettano le agevolazioni di cui all'art. 32 DPR 601/73 in riferimento al trasferimento di aree riconducibili alla disciplina di cui alla L. 865/71 – contratti relativi all'attuazione di programmi pubblici di edilizia residenziale di cui al titolo IV della citata legge.

Atteso l'ampio contenuto di cui alla lettera del disposto ex Titolo IV della Legge n. 865/1971, deve ritenersi ivi compreso anche il piano particolareggiato di iniziativa pubblica con la conseguenza che alla cooperativa edilizia spetta il trattamento fiscale agevolato; va anche aggiunto che oltre ai soggetti attuatori dei programmi di cui alla normativa ora citata, sono deputati all'attuazione dei programmi pubblici di edilizia residenziale anche gli istituti autonomi, le coop. Edilizie, le soc. a prevalente partecipazione statale.... (per cui va ritenuto sussistente il requisito soggettivo richiesto per l'agevolazione).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 10 novembre 2017, n. 1371 – Pres. Fenizia – Rel. Marcenaro.

REGISTRO – atto di permuta immobiliare da parte di arte – valori dichiarati – congruità.

Ritiene il Collegio che l'essenza dell'attività dell'Ente ricorrente si concretizzi nel rispetto e nel perseguimento degli scopi statuari di ispirazione prettamente sociale e volti al miglioramento delle condizioni abitative delle fasce sociali a minor reddito, ivi comprese le operazioni di acquisizione o permuta di immobili anche nei confronti di altri enti pubblici.

Pertanto tale attività esula da criteri di ispirazione commerciale e speculativa e la ragione dell'operazioni immobiliare in discussione va ricercata nelle finalità istituzionali dell'Ente ricorrente e non in obiettivi commerciali o speculativi.

Da ciò consegue che i valori relativi ai cespiti trasferiti devono essere considerati congrui.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 1 febbraio 2018, n. 103dep.

RISCOSSIONE - soci SRL estinta – riscossione di somme riscosse in base al bilancio finale di liquidazione – prova – accertamento emesso nei confronti della società divenuto definitivo - cartelle di pagamento notificate ai soci – legittimità.

RISCOSSIONE – cartella di pagamento – notificazione diretta da parte dell'Agente della riscossione a mezzo posta – legittimità – sottoscrizione autografa – necessità - esclusione.

In base all'art. 2495 c.c. i soci di una SRL estinta rispondono fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione. Tale distribuzione deve ritenersi provata nel caso in cui l'atto impositivo emesso nei confronti della società (quando era ancora in vita), che abbia accertato la distribuzione di utili extra contabili, sia divenuto definitivo. Conseguentemente, sono legittime le cartelle di pagamento emesse nei confronti dei soci.

E' legittima la notificazione della cartella di pagamento eseguita direttamente dall'Agente della Riscossione a mezzo posta ai sensi dell'art. 26 del d.p.r. n. 602/73 senza che sia necessaria la compilazione della relata di notifica. Inoltre la cartella di pagamento è valida anche se non sottoscritta con firma autografa in quanto l'autografia della sottoscrizione è elemento essenziale dell'atto amministrativo nei soli casi in cui sia prevista dalla legge, non essendo necessaria quanto l'atto è sicuramente riferibile al soggetto che lo ha emesso.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 17 gennaio 2017, n. 40 – Pres. Fanucci – Rel. Goso.

SANZIONI - art. 12 d.p.r. 1997 n. 472 – principio della continuazione – applicazione – condizioni.

L'art. 12, che ha conferito carattere vincolante all'istituto della continuazione tra violazioni tributarie, punisce il concorso materiale con una sanzione unica più mite rispetto alla somma delle singole sanzioni irrogabili, quantificata secondo i meccanismi previsti ai commi 3 e 5, ma solo più favorevole rispetto alla somma delle singole sanzioni.

L'applicazione di tale beneficio è subordinata alla sussistenza di un nesso di continuazione tra le violazioni, individuato dal legislatore nel caso di "chi, anche in tempi diversi, commette più violazioni che, nella loro progressione, pregiudicano o tendono a pregiudicare la determinazione dell'imponibile ovvero la liquidazione anche periodica del tributo".

Nel caso in esame, le plurime violazioni commesse dal contribuente con successivi periodi di imposta appaiono connesse da un punto di vista funzionale e oggettivo: esse costituiscono, con evidenza, parte di un tutto unitario, sicché configurano (come espressamente riconosciuto anche dal primo giudice) un'ordinaria fattispecie di continuazione.

Né l'Amministrazione finanziaria ha eccepito che la continuazione sia stata eventualmente interrotta per l'effetto di antecedenti contestazioni delle violazioni (cfr, art, 12, comma 6).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 17 gennaio 2018, n. 53.

SANZIONI – erroneo versamento del tributo per fatto del dipendente dell'Agenzia delle Entrate – debenza – esclusione.

In base al principio di collaborazione e buona fede di cui all'art. 10, L. n. 212/2000, non sono dovute le sanzioni nel caso in cui l'omesso versamento del tributo sia dipeso da fatto del dipendente dell'Agenzia delle Entrate il quale abbia riscosso personalmente le somme dovute dal contribuente.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 17 gennaio 2017, n. 6 – Pres. Fanucci – Rel. Goso.

SPESE di giudizio art. 92 cpc e art. 46 d.lvo 1992 n. 546 – cessazione della materia del contendere – soccombenza virtuale.

E' fondato l'unico motivo di impugnazione dedotto dall'appellante, concernente la compensazione delle spese del giudizio di primo grado.

Il generico supporto di tale decisione ("sussistono giusti motivi") rivela ex se, infatti la violazione del principio espresso dall'art. 92 c.p.c. che, nella sua attuale formulazione, persegue lo scopo di garantire maggiore effettività della tutela, rafforzando il principio della soccombenza in virtù del quale, salvo contenute eccezioni, colui che risulta vittorioso non deve sopportare il costo delle spese di lite.

Va altresì precisato, che secondo il testo originario del comma 3 dell'art. 46 d.lgs. n. 546/1992, salvo diversa disposizione di legge, le spese del giudizio estinto, in tutto o in parte, a seguito della definizione delle pendenze tributarie previste dalla legge e in ogni altro caso di cessazione della materia del contendere restavano a carico della parte che le aveva anticipate.

Tale disposizione è stata sottoposta più volte al vaglio della Corte costituzionale la quale, con la sentenza n. 274 del 12 luglio 2005, ne ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale, in quanto palesemente in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui si riferisce alle ipotesi di cessazione della materia del contendere diverse dai casi di definizione delle pendenze tributarie previsti dalla legge.

In tali casi, pertanto, le spese di lite seguono il principio generale della soccombenza e vanno poste a carico del soggetto che ha reso necessario il giudizio.

Sezione di diritto penale

Documenti

Aspetti problematici del diritto di difesa: la nomina del terzo difensore di fiducia dell'imputato.

Franco Augusto Gastaldo

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *La nomina del difensore* - 2. *La decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 12164-2012* - 2.1 *Le radici e i termini del contrasto* - 2.2 *La primazia del difensore nominato pro impugnazione* - 2.3 *Ricadute logico-sistematiche del principio de quo* - 3. *I profili critici* - 4. *Due recenti decisioni della Quinta Sezione* - 5. *Note sulla "Riforma Orlando"*.

1. La nomina del difensore.

Il proficuo esercizio da parte del difensore delle facoltà riconosciute alla sua funzione presuppone l'esistenza *ab origine* di una valida investitura. In proposito, occorre sottolineare la massima libertà di forme che connota l'atto di conferimento del mandato difensivo: il codice di procedura penale richiede soltanto la sicura identificabilità del nominato, del nominante e dell'ufficio presso cui pende il procedimento; la dichiarazione può, peraltro, essere resa all'Autorità procedente oralmente o in forma scritta, non necessitando, in tale ultimo caso, di alcuna autenticazione della firma dell'imputato da parte del patrono incaricato.

È quindi assai raro che la nomina del difensore rimanga senza effetto per ragioni eminentemente formali; ma possono insorgere difficoltà dall'assegnazione dell'incarico a più avvocati. La facoltà di nominare più difensori, riconosciuta anche alla persona offesa (1), non può tuttavia essere esercitata incondizionatamente: l'art. 96 c.p.p. dispone che l'imputato ha diritto di nominare non più di due difensori di fiducia.

La disposizione citata implica che l'ufficio di difensore non può essere esercitato contemporaneamente da tre o più avvocati. Circa i criteri per stabilire chi, tra i difensori nominati, debba essere considerato in esubero o comunque non (o non più) abilitato a svolgere l'incarico conferitogli, con conseguente difetto di legittimazione rispetto a qualsiasi attività processuale dallo stesso eventualmente posta in essere, il codice di rito dedica una specifica disposizione: l'art. 24 disp. att., secondo cui la nomina di ulteriori difensori si considera senza effetto finché la parte non provvede alla revoca delle nomine precedenti che risultano in eccedenza. L'attenzione rivolta alla materia non ha, però, scongiurato il formarsi, nella giurisprudenza di legittimità, di interpretazioni variegata che, protrattesi per molti anni, hanno, infine, trovato il loro momento di sintesi in una pronuncia delle Sezioni unite (2).

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 12164-2012, Di Cecca, si sono occupate dell'efficacia della nomina di un terzo difensore di fiducia dell'imputato effettuata per proporre impugnazione in assenza di revoca espressa di almeno uno dei due patroni già nominati, con una decisione di indubbio rilievo teorico e sistematico che enuncia fondamentali principi in tema di gestione e di funzionamento del ministero defensionale.

2. La decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione

n. 12164-2012.

La Quarta Sezione aveva pronunciato un'ordinanza interlocutoria in un caso di ricorso avverso la decisione di un Tribunale recante l'inammissibilità dell'appello proposto dal terzo difensore di fiducia dell'imputato.

Dapprima le Sezioni Unite analizzano gli arresti della Corte di cassazione circa la rilevanza e le conseguenze scaturenti dalla nomina del terzo difensore, per poi giungere alle importanti affermazioni di principio cui il Supremo Collegio è pervenuto *in subiecta materia*, dando conto delle argomentazioni giuridiche sottostanti e del loro impatto sul sistema.

2.1 Le radici e i termini del contrasto.

Per un esatto inquadramento della *quaestio iuris* presa in esame dalle Sezioni Unite è opportuno partire dal dibattito formatosi, sotto la vigenza del vecchio codice di rito, intorno all'art. 125 c.p.p. abr. Tale disposizione, al pari dell'attuale art. 96 c.p.p., stabiliva che l'imputato non potesse nominare più di due difensori di fiducia. Le conseguenze riconosciute all'esistenza di nomine in sovrannumero non erano, però, normativamente contemplate, e l'assenza di dati normativi certi aveva indotto la Cassazione ad orientarsi principalmente verso due direzioni: nel senso che la nuova nomina provocasse *ex se* una revoca implicita del difensore di più remota designazione (3), ovvero nel senso che la nomina del terzo difensore ponesse nel nulla quelle fatte in precedenza soltanto laddove fosse emerso, *per facta concludentia*, il venir meno del rapporto fiduciario tra l'imputato e i precedenti difensori (4).

Con il nuovo sistema processuale, il legislatore ha assunto una posizione più netta in merito ai rapporti tra nomine fatte in eccedenza rispetto al numero legale, stabilendo all'art. 24 disp. att. che ogni nuova nomina resta priva di effetto finché non intervenga la revoca di quelle precedenti. Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità non ha offerto una soluzione unitaria della *quaestio*. Vero è che una disposizione del tenore dell'art. 24 cit. ha comportato l'automatico respingimento della tesi, sostenuta in precedenza, per cui la nomina più recente prevaleva e vanificava *sic et simpliciter* le nomine fatte inizialmente.

Per l'incontro, la teorica della revoca implicita fondata su comportamenti concludenti ha, invece, continuato a trovare sostegno da parte della Corte. Si è, infatti, sostenuto che, laddove il legale designato in terza battuta provveda in via autonoma ed esclusiva al patrocinio, ciò comproverebbe la volontà dell'imputato di non avvalersi più dei precedenti difensori che, per l'effetto, risulterebbero tacitamente revocati (5).

In contrapposizione a tale orientamento, vi è poi altro indirizzo che nega all'istituto della revoca implicita qualsiasi dignità normativa. Secondo questa impostazione, l'assunto per cui a porre nel nulla un mandato precedentemente conferito sarebbero sufficienti fatti concludenti frustra la *ratio* ispiratrice dell'art. 24 disp. att. c.p.p. finalizzata a garantire l'ordine processuale ed a scongiurare pericolose incertezze circa la titolarità dell'ufficio di difesa, senza contare le difficoltà per il giudice di stabilire quale nomina sia effettivamente operativa alla luce di un'indagine circa l'attività concretamente svolta dal professionista (6).

2.2 La primazia del difensore nominato *pro impugnazione*.

Chiamate a comporre il contrasto, le Sezioni Unite rilevano che essenziale nell'economia della decisione è il fatto che il ricorso sia stato proposto avverso una sentenza di appello che aveva dichiarato l'inammissibilità del gravame perché proposto da un difen-

sore a tal fine nominato dall'imputato senza che vi fosse stata, però, la revoca di almeno uno dei due difensore che lo avevano preceduto.

A fronte di ciò, le Sezioni Unite ritengono non risolutivo del problema il riferimento al disposto di cui all'art. 24 disp. att. c.p.p. venendo, nel caso esaminato, in rilievo la specifica previsione contenuta nell'art. 571, co. 3, c.p.p. (7). Per stabilire se il terzo difensore proponente il gravame fosse o meno legittimato a farlo la Corte incentra, dunque, l'attenzione sull'individuazione della natura dei rapporti che legano l'art. 24 disp. att. c.p.p. con lo specifico congegno di designazione del difensore dettato in tema di legittimazione ad impugnare. Invero, nell'ottica restrittiva caldeggiata da una parte della giurisprudenza di legittimità, il fatto che la nomina del terzo difensore sia stata fatta al fine di impugnare non sposterebbe i termini della questione: l'art. 571, comma 3, c.p.p. andrebbe, infatti, comunque interpretato in chiave sistematica con conseguente impossibilità per tale regola di dispiegare effetti ove questi si pongano in contrasto con le prescrizioni contenute nell'art. 24 disp. att. (8)

Però, in realtà la prevalenza dell'art. 571, comma 3, c.p.p. è giustificata, ad avviso delle Sezioni Unite, dal carattere speciale che la disposizione *de qua* assume rispetto alla previsione generale di cui all'art. 24 disp. att. c.p.p. In altri termini, se è vero che, in generale, la legittimazione del difensore a porre in essere qualsiasi atto che inerisca specificamente all'ufficio defensionale è una conseguenza del legittimo conferimento del mandato, quando l'atto in questione sia l'impugnazione allora i termini del discorso possono anche ribaltarsi: presupposto di validità della nomina viene (eventualmente) ad essere proprio il legittimo conferimento della legittimazione ad impugnare *ex art. 571*, comma 3, c.p.p. e non viceversa. E la giustificazione logico-giuridica di questa peculiare forza trainante della legittimazione ad impugnare sarebbe da rintracciarsi proprio nel carattere tipico proprio dell'impugnazione quale espressione massima e cruciale della funzione defensionale all'interno del processo.

Peraltro, le Sezioni Unite osservano che l'interpretazione *de qua* sia l'unica compatibile con il dettato normativo. Il fatto che l'art. 571, co. 3, c.p.p. riconosca disgiuntamente la *potestas impugnationis* al difensore dell'imputato al momento del deposito del provvedimento «ovvero» al difensore nominato a tal fine dimostrerebbe proprio l'efficacia derogatoria di tale previsione rispetto al regime generale: se, infatti, scopo della norma fosse soltanto quello di riconoscere al difensore, purché validamente investito *ex art. 24* disp. att., autonoma potestà di impugnazione rispetto all'imputato, tale risultato si sarebbe potuto conseguire semplicemente senza far riferimento nella disposizione *de qua* anche alla legittimazione ad impugnare del difensore nominato a tale fine.

2.3 Ricadute logico-sistematiche del principio *de quo*.

In un'ottica di ricostruzione organica della materia, le Sezioni Unite delineano anche i criteri prodromici alla risoluzione dei problemi sollevati dal riconoscimento della valida investitura del terzo difensore nominato *ex art. 571*, comma 3, c.p.p.

In particolare, stante il limite numerico fissato dall'art. 96 c.p.p., l'esigenza che si impone è, innanzitutto, quella di stabilire quali e quanti difensori, ulteriori rispetto al legale specificamente legittimato ad impugnare, risultino automaticamente revocati, con conseguente perdita di ogni facoltà e diritto ivi compresi quelli inerenti agli avvisi e alla partecipazione al giudizio.

A questo proposito, la Corte, rilevata l'assenza di dati normativi atti a chiarire quale dei due difensori debba ritenersi revocato, estende l'effetto revocatorio ad entrambi, sempre che l'imputato non manifesti espressamente la diversa volontà di circoscrivere la portata della revoca ad uno soltanto dei due difensori precedentemente nominati (9). E se alla nomina di un nuovo difensore ef-

fettuata *ex art. 571*, comma 3, c.p.p. non si associano conseguenze revocatorie allorché la stessa provenga da un imputato già assistito da un solo professionista, anche quest'ultimo risulterà, però, spogliato dell'incarico laddove, invece, i legali nominati al fine di proporre impugnazione siano due.

Chiariscono ancora le Sezioni Unite che la designazione del difensore *ex art. 571*, comma 3, c.p.p. non vale però sempre a conferire a quest'ultimo la titolarità della legittimazione ad impugnare. Poiché, infatti, la legge attribuisce a ciascun difensore dell'imputato tale prerogativa e questi non può avere più di due difensori di fiducia, ciò implica che non possono esservi più di due impugnazioni del difensore validamente proposte: un'eventuale terza impugnazione, laddove non provenga dall'imputato o dal suo procuratore speciale, sarà, quindi, inammissibile perché proposta da chi non vi era legittimato; né può dirsi che la proposizione dell'impugnazione da parte del difensore all'uopo nominato rimuova retroattivamente la validità delle impugnazioni precedenti essendo un simile assetto confliggente con il principio generale del *tempus regit actum* che informa la materia processuale penale.

Ma la consunzione della legittimazione ad impugnare del terzo difensore non è l'unica conseguenza della proposizione del gravame da parte dei difensori preesistenti. Infatti, il Supremo Collegio precisa che ciò si riverbera negativamente anche su un piano più generale impedendo che la nomina effettuata *ex art. 571*, comma 3, c.p.p. sia idonea al valido conferimento del mandato. La relazione biunivoca che, come detto, intercorre tra conferimento del mandato *ex art. 571*, comma 3, c.p.p. e legittimazione all'impugnazione ha, infatti, quale corollario logico il fatto che la designazione del terzo difensore resti *tout court* priva di effetti – a meno che non effettuata *ex art. 24* disp. att. c.p.p. – laddove la facoltà di proporre impugnazione sia stata esercitata dai precedenti difensori. Nessun problema scaturirebbe, invece, qualora uno soltanto dei preesistenti difensori abbia proposto impugnazione essendo il terzo difensore legittimato a coltivare il secondo dei due gravami “defensionali” previsti dalla legge e, quindi, ben potendo egli essere validamente nominato *ex art. 571*, co. 3, c.p.p. Qualora, poi, a fronte di un solo gravame già presentato, le nomine funzionalizzate all'impugnazione siano due, di queste sarà, al contrario, valida soltanto quella rilasciata nei confronti del legale che abbia per primo depositato o spedito l'impugnazione.

3. I profili critici.

Con la pronuncia Di Cecca, le Sezioni Unite hanno completamente respinto l'orientamento giurisprudenziale che, in linea di sostanziale continuità con analogo indirizzo sviluppatosi sotto il codice previgente, ammette la revoca *per facta concludentia*. Tale conclusione appare pienamente condivisibile, poiché l'indirizzo in questione pare collidere con un preciso limite di ordine logico. Se, infatti, è vero che è all'atto della nomina del difensore che devono sussistere i requisiti per un valido conferimento del mandato, alquanto paradossale appare l'assunto per cui una nomina *ab initio* invalida *ex art. 24* disp. att. c.p.p. possa *ex post* acquistare valore in forza del compimento da parte del terzo difensore di attività la cui validità discende, però, proprio dall'atto che a loro volta tali attività dovrebbero convalidare.

Nel vizio logico ora descritto sembrano, però, incorrere anche le Sezioni Unite. L'affermazione secondo cui, quando il precedente difensore dell'imputato abbia già proposto gravame, risulta validamente nominato soltanto quello tra i due difensori designati *ex art. 571*, comma 3, c.p.p. che abbia per primo depositato o spedito l'impugnazione appare, infatti, corretta soltanto a patto che i due difensori siano stati nominati contemporaneamente. In caso contrario, l'assunto *de quo* appare del tutto privo di pregio essendo evidente che quello tra i due difensori nominati al fine di proporre

impugnazione che sia stato designato per secondo non può dirsi validamente investito dell'incarico defensionale avendo la prima nomina effettuata *ex art. 571*, comma 3, c.p.p. sterilizzato ogni potere dell'imputato di nominare ulteriori difensori. Per far sì che il difensore di più recente nomina prevalga su quello nominato *ex art. 571*, comma 3, c.p.p. non sembra, dunque, esservi altra strada che non quella della revoca espressa *ex art. 24 disp. att. c.p.p.* essendo la regola de qua espressione di un principio di portata generale capace, dunque, di porre nel nulla anche le nomine fatte al fine di proporre impugnazione.

Da ultimo, si impongono due ulteriori precisazioni.

Innanzitutto, occorre rilevare che il principio per cui l'esercizio della facoltà di proporre impugnazione da parte di entrambi i precedenti difensori dell'imputato consuma la facoltà di impugnare del terzo difensore nominato *ex art. 571*, comma 3, c.p.p. può essere reso inoperante facendo leva sull'istituto della rinuncia all'impugnazione: se, infatti, è vero che entro la pendenza del termine per impugnare, la rinuncia al gravame non preclude la possibilità di una nuova impugnazione (10), allora non sembra peregrino affermare che, per tale via, si realizzi una sorta di *restituito in integrum* che apre anche al terzo difensore successivamente nominato *ex art. 571*, co. 3, c.p.p. la strada della legittimazione ad impugnare. Al di là di questo profilo, occorre poi sottolineare che la teoria per cui la facoltà del terzo difensore è consumata dalla proposizione dell'impugnazione ad opera dei precedenti difensori sembra, comunque, valere a patto che la nomina effettuata *ex art. 571*, co. 3, c.p.p. non sia precedente alla data di deposito o di spedizione delle due impugnazioni. Come riconoscono le Sezioni Unite non è la proposizione del gravame da parte del terzo difensore ad implicare la revoca dei difensori precedenti ma, a monte, il conferimento allo stesso dell'incarico *ex art. 571*, comma 3, c.p.p.; è giocoforza, dunque, che nessun effetto consuntivo e quindi nessuna preclusione postuma alla nomina del terzo difensore *ex art. 571*, comma 3, c.p.p. possa farsi discendere dall'esercizio della facoltà di impugnare da parte di soggetti ormai non più legittimati.

4. Due recenti decisioni della Quinta Sezione.

Il caso della nomina del terzo difensore di fiducia dell'imputato mi è ben noto per averlo studiato recentemente, in quanto il Tribunale distrettuale per il Riesame ha dichiarato inammissibile un mio appello *ex art. 310* c.p.p. perché proposto da persona non legittimata.

L'imputato *in vinculis* aveva nominato più difensori e il sottoscritto si trovava nella scomoda posizione di terzo difensore di fiducia, e quindi in difetto di legittimazione. Avendo proposto ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 311 c.p.p. nella presunzione che **“la nomina del terzo difensore di fiducia dell'imputato, in assenza di revoca espressa di almeno uno dei due già nominati, resta priva di efficacia, salvo che si tratti di nomina per la proposizione dell'atto di impugnazione la quale, in mancanza di contraria indicazione dell'imputato, comporta la revoca dei precedenti difensori”** (11), facendo sottoscrivere l'atto per precauzione all'interessato tramite il modello “IP1” dell'Amministrazione Penitenziaria, la Quinta Sezione, con sentenza n. 31102-2017 (12), annullava senza rinvio il provvedimento impugnato, disponendo la trasmissione degli atti al Tribunale *a quo* per l'ulteriore corso.

Il Tribunale distrettuale per il Riesame pronunciava un'ordinanza congruamente motivata con cui dichiarava nuovamente inammissibile l'appello per difetto di legittimazione del terzo difensore di fiducia dell'imputato, seguendo il *trend* giurisprudenziale precedente alla sentenza Di Cecca e disattendendo perfino il *dictum* della Quinta Sezione.

Avendo presentato ricorso per cassazione, questa volta sottoscritto da me, visto il tenore della “riforma Orlando” (13), nella presunzione della forza vincolante per il Giudice di merito della decisione della Cassazione nel caso in cui interviene, in ossequio al principio dello “*stare decisis*” (14), la Quinta Sezione, con sentenza n. 53200-2017 (15), annullava senza rinvio il provvedimento impugnato, disponendo la trasmissione degli atti al Tribunale *a quo* per l'ulteriore corso.

Quest'ultima sentenza è importante per il principio di diritto che enuncia, ossia che **“il giudice a cui gli atti vengono trasmessi a seguito di sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 620 c.p.p. (“Annullamento senza rinvio”), è obbligato ad uniformarsi alla decisione della Corte di cassazione per quanto concerne ogni questione di diritto con essa decisa”**.

Quindi tale sentenza della Quinta Sezione contiene un interessante inciso in tema di obbligo per il giudice di merito di conformarsi al *dictum* del Supremo Collegio, onde evitare l'abnormità della reiterazione di un provvedimento annullato e la consequenziale situazione di stasi processuale che ne deriva: “ritenere il contrario significherebbe, infatti, concretizzare una situazione di infinito stallo processuale, con successione, senza soluzione di continuità, di identici provvedimenti da parte del giudice di merito e di altrettanto identiche sentenze di annullamento in sede di legittimità” (16).

5. Note conclusive.

A fronte di una giurisprudenza di legittimità del tutto rispettosa del principio del *favor impugnationis* e in genere garantista, occorre segnalare due profili problematici della Legge 23 giugno 2017, n. 103 (“Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario”), meglio nota come “Riforma Orlando”, che si traducono in una deprecabile compressione dei diritti dell'imputato.

Il primo aspetto riguarda l'elezione di domicilio presso il difensore di ufficio.

Il nuovo comma *4bis* dell'art. 162 c.p.p. dispone che **l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio non ha effetto se l'autorità che procede non riceve, unitamente alla dichiarazione di elezione, l'assenso del difensore domiciliatario**.

Tenuto conto delle modalità talvolta sommarie e non pienamente consapevoli con cui la persona sottoposta alle indagini effettua l'elezione di domicilio presso il difensore di ufficio, dell'esigenza di mettere a conoscenza del procedimento anche indagati senza fissa dimora, e dell'avvicendamento infinito dei difensori d'ufficio che, se non pagati, ma egualmente costretti a prestare il patrocinio, tendono a scaricare sui Colleghi gli incarichi più negletti, attribuire espressamente al difensore d'ufficio la facoltà di convalidare o meno a sua discrezione l'elezione di domicilio fatta dal prevenuto si traduce in una lesione dei diritti di quest'ultimo (17).

Il secondo profilo, pertinente alla soppressione dell'istituto del ricorso per cassazione sottoscritto personalmente dall'imputato, denota una ben più grave compressione dei diritti del prevenuto.

La modificazione coordinata degli artt. 571, comma 1, e 613, comma 1, c.p.p. incide pesantemente sulla legittimazione attiva dell'imputato, espungendo l'originaria facoltà di proporre autonomamente e personalmente il gravame di legittimità.

Con il pretesto di enfatizzare la qualità del ricorso sottoscritto da un difensore qualificato si è perseguito un bieco intento puramente deflattivo, poiché anche in precedenza i ricorsi per cassazione erano redatti da avvocati non cassazionisti che li facevano sottoscrivere dalla parte per non incorrere nell'inammissibilità. Anche il sottoscritto, nel caso che ha portato alla citata sentenza della Quinta Sezione dello scorso aprile ha dovuto far firmare alla

parte il ricorso per cassazione, trovandosi nella scomoda posizione di terzo difensore di fiducia, e quindi dubbiamente legittimato a svolgere le relative funzioni.

Sebbene non si sia inciso sulla generale legittimazione soggettiva dell'imputato a proporre il ricorso per cassazione, questa parte della riforma è di dubbia legittimità, per violazione degli artt. 111 Cost. e 13 CEDU (18), perché può *in abstracto* limitare il diritto del cittadino di adire la Corte di cassazione: la citata norma costituzionale stabilisce infatti che contro le sentenze e i provvedimenti in materia di libertà personale "è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge"; d'altronde, la disposizione pattizia riconosce espressamente ad "ogni persona" il diritto ad un ricorso effettivo davanti al giudice nazionale.

Purtroppo, la Prima Sezione (19) ha recentemente affermato che, a seguito delle modifiche apportate dalla L. n. 103/2017, è inammissibile il ricorso per cassazione proposto personalmente dal condannato, anche se detenuto, avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza in tema di ammissione alla detenzione domiciliare, il che implica che **qualunque tipo di ricorso per cassazione**, anche straordinario o previsto da particolari disposizioni di Legge, come quelli contemplati nell'Ordinamento Giudiziario, deve essere sottoscritto da un avvocato iscritto all'Albo Speciale per il patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori.

Note:

- (1) Cass. pen., Sez. VI, 27 ottobre (ud. 15-6) 2005, n. 39541, in *Ced Cass.* n. 233475.
- (2) Cass. pen., Sez. Un., 30 marzo 2012 (ud. 15-12-2011), n. 12164, Di Cecca, in *Ced Cass.* n. 252027.
- (3) Cfr., Cass. pen., Sez. I, 31 maggio 1982, Rufino, in *Ced Cass.*, n. 159543.
- (4) Cfr., Cass. pen., Sez. III, 9 novembre 1964, Cicchellero, in *Ced Cass.*, n. 168039.
- (5) Cass. pen., Sez. I, 10 settembre 1998, Schiavone, in *Ced Cass.*, n. 211879; *Id.*, Sez. V, 3 ottobre 2002, Zulianello, *ivi*, n. 222678; *Id.*, Sez. V, 10 aprile 2017, n. 31102, Khazrouni; *Id.*, Sez. V, 12 ottobre 2017, n. 53200, Khazrouni.
- (6) Cass. pen., Sez. V, 17 giugno 1999, Bergamaschi, in *Ced Cass.* n. 214888; *Id.*, Sez. III, 19 gennaio 2007, Cambise, *ivi*, n. 236118.
- (7) Cfr. Marandola, *Le disposizioni generali*, in Spangher, *Le impugnazioni*, V, in *Trattato di procedura penale*, Torino, 2010, pag. 78.
- (8) Cfr., Cass. pen., Sez. III, 11 novembre 2010, n. 43009, Cavallo, in *Ced Cass.* n. 248671.
- (9) La revoca espressa rende del tutto superflua la nomina del terzo difensore *ex art.* 571, co. 3, c.p.p.
- (10) In tal senso si esprime autorevolmente, in dottrina, Spangher, *Pluralità di difensori, pluralità di gravami ed inammissibilità della prima impugnazione*, in *Cass. pen.*, 1997, 1074.
- (11) Si tratta del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite nella Sentenza Di Cecca.
- (12) Cass. pen., Sez. V, 10 aprile 2017, n. 31102, Khazrouni, reperibile con questi riferimenti nel sito ufficiale della Corte di cassazione.
- (13) Che ha soppresso l'istituto del ricorso personale dell'imputato, come illustrato *infra*.
- (14) Per un caso in cui vige lo "stare decisis", si consideri la vincolatività della decisione delle Sezioni Unite per una Sezione Semplice della Suprema Corte, che è tenuta ad uniformarsi o a pronunciare un'ordinanza interlocutoria di remissione del ricorso alle stesse Sezioni Unite.
- (15) Cass. pen., Sez. V, 12 ottobre 2017, n. 53200, Khazrouni, reperibile con questi riferimenti nel sito ufficiale della Corte di cassazione.
- (16) Cass. pen., Sez. V, 12 ottobre 2017, cit.
- (17) Inoltre, l'art. 164 c.p.p., che prevede che la **determinazione del domicilio dichiarato o eletto è valida per ogni stato e grado del procedimento, a meno che l'imputato non sia detenuto o ricorrente per cassazione**, non sembra ammettere altre eccezioni, come il rifiuto successivo del difensore domiciliatario, e quindi c'è un evidente difetto di coordinazione del novellato art. 162.
- (18) In tal senso si esprime Picciotto, *La riforma Orlando. Commento organico alla L. 23 giugno 2017, n. 103*, Napoli, 2017, pag. 45.
- (19) Sentenza n. 53330-2017 del 4 ottobre 2017, reperibile sul sito ufficiale della Corte.

La messa alla prova nell'esperienza dibattimentale del Tribunale di Genova.

Alessandro Magrassi

Tirocinante presso il Tribunale di Genova

Sommario: 1. *La messa alla prova per gli adulti: cenni sull'istituto.* - 2. *L'applicazione concreta dell'istituto nell'esperienza del Tribunale di Genova.* - 2.1 *Qualche dato numerico.* - 2.2 *Il questionario proposto ai giudici del Tribunale di Genova: i risultati.* - 3. *Considerazioni conclusive: l'istituto e gli agenti del processo.*

1. La messa alla prova per gli adulti: cenni sull'istituto.

L'istituto della "messa alla prova" è stato introdotto con la legge n.67 del 2014 nell'ordinamento penale: non si tratta di istituto nuovo, perché in precedenza era già previsto nei procedimenti, di competenza del Tribunale dei Minori, riguardanti soggetti che avevano commesso il reato prima del compimento del diciottesimo anno di età (1).

L'istituto prevede la sospensione del procedimento penale a carico di un imputato contestualmente alla presentazione di un programma di trattamento, elaborato con la collaborazione dell'ufficio per l'esecuzione penale esterna (UEPE): questo programma deve contenere una serie di prescrizioni e condotte (2) da tenere per un periodo di durata variabile, la cui osservanza va verificata da parte del giudice e può condurre a pronuncia di buon esito finale, comportante la dichiarazione di estinzione del reato (3).

L'estensione della messa alla prova ai processi penali a carico di maggiorenni costituisce un'innovazione rilevante per l'evoluzione del nostro ordinamento: per i motivi che si cercherà di esporre, infatti, tale alternativa al processo penale offre numerosi vantaggi ed è indice di una rinnovata attenzione del legislatore alle possibili alternative al procedimento penale ordinario. Compito di questo contributo, tuttavia, non è di tracciare un'analisi generale del nuovo istituto, ma di verificare criticità e pregi delle concrete modalità di attuazione presso un organo giudiziario, e precisamente del settore dibattimento del Tribunale di Genova. Prima di restringere il campo di analisi al concreto, tuttavia, sono necessarie alcune parole circa la *ratio* retrostante l'istituto della messa alla prova.

Nel processo minorile la messa alla prova è considerabile, a ragion veduta, una delle possibili concretizzazioni del principio sancito al terzo comma dell'art. 27 Cost: «*Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*». Il principio di rieducazione, conquista della scienza del diritto da quando si è abbandonata la concezione marcatamente retributiva prima dominante, va ancor più valorizzato per i soggetti minorenni: questi, da un lato, sono soggetti considerabili naturalmente più predisposti al reinserimento sociale data la giovane età e, dall'altro, più rischi correrebbero in carcere di essere definitivamente circuiti da una mentalità criminale, mutuabile da delinquenti di professione con cui potrebbero venire in contatto; per questi motivi la messa alla prova è soluzione pensata per reati commessi da soggetti minorenni (4), in quanto può porli di fronte alle loro responsabilità e spingerli ad attivarsi per condotte riparatorie e di impegno sociale per pagare il loro debito con la collettività senza lasciare su di essi lo stigma di una condanna penale (5).

Parzialmente diverso è il contesto relativo ai maggiorenni: è stato qui ravvisato, infatti, un rilevante fine deflattivo, garantendo una via extragiudiziale in grado di *bypassare* l'instaurazione di un procedimento penale per reati di minore allarme sociale (6), pur senza trascurare l'aspetto risocializzante della messa alla prova. Al di là della capacità di tale istituto di garantire una via alternativa a quella processuale per il trattamento di alcuni reati, dalla prospettiva del-

l'imputato si andrebbe a configurare come una "seconda opportunità" garantita a chi si è macchiato di colpe socialmente lievi (dati i limiti posti dal comma 1 dell'art. 168 bis CP (7)), in grado di estinguere il reato qualora il soggetto si dimostri collaborativo e coscienzioso nell'ottemperamento delle prescrizioni a lui indicate nel programma di trattamento redatto di concerto con l'UEPE (8). Si può individuare, in conclusione, tale duplice valenza dell'istituto. La messa alla prova per gli adulti è senza dubbio un'innovazione deflattiva del carico della macchina della giustizia italiana, in quanto nei termini processuali stabiliti dal secondo comma dell'art. 464 bis CPP (9) l'imputato (o indagato) può richiedere l'accesso a tale via, interrompendo l'iter processuale ordinario (o arrestandolo sul nascere se la richiesta è presentata, e accolta, in fase di indagini preliminari) e avviando un percorso seguito dall'UEPE, richiedendo nuovamente l'attenzione del giudice solo nella finale valutazione sull'esito, positivo o meno, di tale percorso. Tuttavia, pur prendendo atto della indubbia capacità dell'istituto in parola di alleggerire il carico di lavoro giudiziario, altrettanto indubbiamente l'istituto valorizza ed applica il principio della rieducazione del condannato (*rectius*, in questo caso, imputato): la lettera della legge è chiara nel prescrivere il contenuto del programma di trattamento concordato con l'UEPE, essendo infatti indicato espressamente all'art. 168 bis CP che la messa alla prova deve comportare «prestazioni di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose» del reato nonché, se possibile, «il risarcimento del danno dallo stesso cagionato» (comma 2); che il messo alla prova potrà, seguito dai servizi sociali, prestare opera di volontariato o impegnarsi a ottemperare a prescrizioni concernenti i suoi rapporti coi servizi sociali o strutture sanitarie, nonché le sue libertà personali (10) (comma 2); che lo stesso dovrà prestare lavoro di pubblica utilità (comma 3). Si tratta di previsioni evidentemente volte, da un lato, a tracciare un percorso in grado di allontanare il soggetto da quegli ambienti, quelle abitudini o quelle dipendenze (laddove viene fatto riferimento a strutture sanitarie) in grado di indurlo a condotte illecite e, dall'altro, a sanare il suo debito con la collettività e rieducarlo all'impegno sociale e a condotte lavorative virtuose, impegnandolo nell'ambito del lavoro di pubblica utilità e servizi utili per la comunità.

2. L'applicazione concreta dell'istituto nell'esperienza del Tribunale di Genova.

Brevemente delineato l'istituto, occorre approfondire la realtà della sua applicazione dentro (e fuori) le aule di tribunale. È noto a qualunque operatore del diritto quanto le concretizzazioni di un istituto possano differire, negli esiti o nelle modalità, da quanto previsto dalla teoria della norma di legge e dalla *ratio* della disciplina, così come sovente nella prassi emergono aspetti non considerati in sede di redazione della norma.

Si è perciò deciso di procedere, presso il settore dibattimento penale del tribunale di Genova, all'analisi dei dati emersi dalla realtà delle vicende giurisdizionali. A tal fine è stato formulato un questionario che è stato sottoposto ai giudici monocratici del Tribunale di Genova (settore dibattimento penale) che si occupano della messa alla prova. Stante il ristretto campo di ricerca, i risultati ottenuti sono lo specchio della realtà giuridica del capoluogo ligure; tuttavia è pur sempre un campione di indagine che permette di dare uno sguardo alla sorte seguita dall'istituto dopo la sua entrata in vigore. Sono emersi, inoltre, rilievi forieri di spunti di riflessione, anche grazie a un incontro con la dottoressa Santina Spanò, dell'Ufficio dell'Esecuzione Penale Esterna di Genova.

2.1 Qualche dato numerico.

Interessante, in via preliminare, una panoramica sui numeri della messa alla prova nel Tribunale di Genova in relazione a quelli del-

l'intero sistema giudiziario italiano.

Nella sola circoscrizione della Corte di Appello di Genova, nel 2015 i provvedimenti di sospensione di un procedimento penale per l'esperimento della messa alla prova iscritti al Casellario sono stati 765; l'anno successivo, invece, 473, quasi un dimezzamento (11).

Restringendo il campo di analisi, nel solo Tribunale di Genova nel 2017 le richieste di sospensione del procedimento per la messa alla prova proposte ex art. 464 bis CPP sono state 605; di queste, 521 sono state accolte e 32 rigettate (le altre ancora non esaminate e passate all'anno successivo). Le sentenze di estinzione del reato derivanti dal buon esito della messa alla prova (art. 464 septies comma 1 CPP) sono state 379, mentre le ordinanze disponenti la ripresa del processo a seguito di un esito negativo (art. 464 septies comma 2 CPP) sono state 27.

Paragoniamo questi dati con i numeri del 2016: 401 richieste presentate, 342 accolte e 31 rigettate. Le sentenze attestanti il buon esito della messa alla prova, e dunque l'estinzione del reato, sono state 227, le ordinanze di esito negativo invece 21.

Senza addentrarci in percentuali, risulta a prima vista come l'innovativo istituto non sia rimasto lettera morta e come sembra che abbia, tutto sommato, apportato un contributo concreto, seppur moderato, alla gestione del ruolo generale del Tribunale: una netta maggioranza di sospensioni per messa alla prova, nei due anni passati, hanno portato all'estinzione del reato in conseguenza di un giudizio positivo su tale esperienza di reinserimento sociale (sommando le due annate, su 1006 richieste proposte 863 sono state accolte e, di queste, 606 hanno avuto esito positivo e comportato la dichiarazione di estinzione del reato). Forse, tuttavia, non è un dato che dovrebbe suscitare particolare stupore: tendenzialmente gli imputati messi alla prova appartengono a una categoria di microcriminalità definibile "eccezionale", colpevole (in realtà solo imputata sebbene ugualmente "punita", ma su questo si dirà) di reati di minore allarme sociale (12); ben ci si può attendere, dunque, che si tratti di soggetti più facilmente inquadrabili in programmi di trattamento implicanti, ad esempio, i lavori socialmente utili, con uno stile di vita abbastanza regolare e socialmente inserito da permettere loro di ottemperare diligentemente alle disposizioni prescritte. D'altra parte, l'ovvio vantaggio di uscire indenni da un'imputazione penale prestando alcune ore di volontariato, ad esempio, settimanalmente, per un periodo limitato di tempo, è uno sprone sicuramente di certa efficacia.

In effetti, la qualità dei reati più spesso "esorcizzati" dalle aule di Tribunale attraverso la messa alla prova è un altro dato statistico su cui è interessante soffermarci. Analizzando alcuni dati ministeriali riguardanti i tre anni di piena operatività della novella legislativa, risulta che i reati per i quali è stata applicata la sospensione del processo per messa alla prova iscritti al Casellario nazionale in questo triennio sono stati complessivamente 31.906; di questi, 7.021, una netta maggioranza pari quasi a un quarto, consistevano in imputazioni ex art. 186 codice della strada (d.lgs. 285/1992), guida sotto l'influenza dell'alcool (13); un illecito socialmente trasversale, di per sé non indicizzante uno stile di vita *borderline* tale da lasciare presagire l'incapacità di seguire un programma di trattamento utile a estinguere un reato pendente. In effetti, incontrando la Dottoressa Santina Spanò dell'UEPE di Genova, è emerso come il personale dell'Ufficio dell'esecuzione penale esterna abbia da tempo tratto questa conclusione. Una delle problematiche (14) che il nuovo istituto ha presentato per l'ufficio è stato proprio il cambiamento del tipo di utenti: mentre in precedenza l'UEPE, intervenendo nella sola fase dell'esecuzione, si rapportava per lo più con soggetti condannati e detenuti, la messa alla prova l'ha portato a rapportarsi con soggetti spesso alla prima esperienza penale, che in molti casi non presentavano le condizioni

di disagio sociale tipiche della media della popolazione carceraria. Assai interessante da questo punto di vista è il dato esemplificativo, riferito dalla dottoressa, per cui il tasso di disoccupazione giovanile tra gli imputati messi alla prova è in linea con la media nazionale, mentre tra i giovani condannati o detenuti se ne discosta ampiamente. Le peculiarità della categoria dei soggetti messi alla prova è sicuramente un primo, rilevante elemento del quale è necessario tener conto per valutare l'istituto.

2.2 Il questionario proposto ai giudici del Tribunale di Genova: i risultati.

Il questionario circa l'applicazione della messa alla prova nel Tribunale di Genova proposto ai giudici, togati e onorari, del settore dibattimento, che più spesso applicano o hanno applicato l'istituto (15), comprendeva otto domande. Le risposte sono state fornite dai giudici del settore dibattimento penale. Ecco i risultati in percentuale:

- 1- *Nei procedimenti penali che ne soddisfano i requisiti, la messa alla prova è, o dovrebbe essere, la regola o l'eccezione?*
La regola: 62%
L'eccezione: 38%
- 2- *Per concedere la MAP, lei considera preminente (può indicarne uno o due):*
la giovane età del soggetto: 15%
lo scarso allarme sociale del reato: 46%
le concrete possibilità di rieducazione dell'imputato (considerandone background culturale e sociale e il comportamento processuale): 62%
che il soggetto sia o meno pregiudicato: 38%
- 3- *Dall'introduzione dell'istituto ha percepito un'effettiva agevolazione nella gestione del suo ruolo complessivo? Sì, no, non so*
Sì: 54%
No: 46% (16)
- 4- *Giudica soddisfacente, in questo ambito, il funzionamento dell'UEPE?*
Sì: 8%
No: 92 %
Se no, cosa andrebbe migliorato (sceglia una o più delle seguenti opzioni)?
Bisognerebbe attuare una predisposizione di pacchetti di lavoro di pubblica utilità: 42%
- I tempi di evasione delle richieste sono troppo lunghi: 67%
C'è una mancanza di comunicazione tra l'UEPE e gli organi giurisdizionali: 25%
Altro: 17% (17)
- 5- *Ritiene che gli avvocati gestiscano al meglio l'istituto della messa alla prova?*
Sì: 46%
No: 54%
Se no, che cosa nota di tendenzialmente errato (sceglia una o più tra le seguenti opzioni)?
Il mancato utilizzo di tale istituto in casi in cui sarebbe da richiedersi: 28%.
La mancanza di cura del difensore nei confronti dell'assistito a programma di trattamento avviato: 44%.
La scarsa conoscenza dell'istituto da parte dei difensori, che porta ad esempio a richiederlo laddove non concedibile: 28%.
La non corretta informazione al cliente delle caratteristiche dell'istituto e del ruolo dell'UEPE: -
Altro: 14% (18)
- 6- *Ritiene l'atteggiamento della procura nei confronti di tale istituto favorevole, avverso o neutro?*
Favorevole: 23%
Neutro: 73%
- 7- *Le informazioni che le arrivano nei programmi trasmessi dall'uepe sono sufficienti?*

Sì: 46%

No: 54% (19)

- 8- *Lei è soddisfatto/a dell'attuale formulazione normativa dell'istituto o ritiene che ci siano correttivi che andrebbero apportati?*

Sono soddisfatto/a: 69%

Non sono soddisfatto/a: 31%

Qualche commento. Il primo quesito permette di osservare come gli organi giudicanti considerino l'istituto; i due obbiettivi che esso persegue, ossia la deflazione del carico giudiziale e la rieducazione dell'imputato evitandogli un possibile stigma giudiziale, quanto devono essere considerati preminenti rispetto alla strada maestra del normale *iter procedurale* e, quindi, alle esigenze general-preventive del sistema penale? Emerge che per la maggior parte dei giudici del Tribunale sarebbe necessario in prima battuta considerare la possibilità di una messa alla prova (laddove, ovviamente, ne siano soddisfatti i requisiti), intendendo la sentenza penale come *extrema ratio*; un approccio effettivamente non nuovo, ma che si innesta sulla tendenza delle ultime decadi a cercare vie alternative al procedimento penale, vuoi a causa del gravoso carico di lavoro dei Tribunali, che accoglie di buon grado vie alternative al processo, vuoi per la recente tendenza a valorizzare un aspetto special-preventivo della materia penale (20).

Il secondo quesito, relativo a cosa sia valutato preminente dagli organi giudicanti di Genova per scegliere se concedere o meno l'ammissione alla messa alla prova, è foriero di spunti di riflessione. Emerge in maniera abbastanza incontrovertibile come il dato più importante sia ritenuto il risultato di un giudizio prognostico del magistrato sulle concrete possibilità di rieducazione e reinserimento sociale del soggetto, mentre scarsamente rilevante risulta la giovane età dello stesso. Possiamo qui ricollegarci a quanto già delineato circa il profilo medio del messo alla prova; da questo confronto, tuttavia, emerge una discrasia del sistema: quanta rilevanza assume il giudizio prognostico se, stando alla realtà dei fatti, i messi alla prova sono mediamente soggetti che nemmeno abbisognano di un vero e proprio reinserimento sociale, non avendo un *background* particolarmente grave rispetto alla media nazionale? Da un altro punto di vista, la risposta data dai giudici è però in linea col quadro che si sta formando: se è vero che la maggior parte dei procedimenti per messa alla prova ha esito positivo e che la maggior parte dei soggetti messi alla prova è concretamente in grado di portare a termine il programma di trattamento, avendo una condizione di vita relativamente scevra da particolari fattori criminogeni (esclusione sociale, disoccupazione, indigenza, etc. etc.), non stupisce che il criterio ritenuto preminente dagli organi giudicanti sia proprio quello che, date le premesse, può dare più frutto, dato che l'istituto a conti fatti "funziona". Un dato, però, che può far riflettere è l'ultimo posto della giovane età dell'imputato nella scala gerarchica di fattori valutati per concedere o meno la messa alla prova: in effetti, partendo dal presupposto che di reinserimento non è opportuno parlare, dato che si tratta per lo più di soggetti non esclusi dalla società, la dottoressa Spanò ha correttamente osservato come sarebbe più consono parlare di "responsabilizzazione"; il giudizio prognostico prodromico alla concessione della messa alla prova, quindi, dovrebbe vertere più sulla possibilità ritenuta dal giudice che, a procedimento terminato, il soggetto abbia acquistato una maggiore responsabilizzazione circa quanto compiuto di difforme dalle norme di condotta socialmente accettabili secondo la legge. Ma se questo è lo stato dei fatti, forse allora la giovane età del soggetto dovrebbe essere un dato a cui dar più rilievo, stante la norma di esperienza per cui è assai più fruttifero educare i giovani rispetto a persone già mature e, quindi, con una personalità già formata (21).

Queste osservazioni permettono di riallacciarsi al quarto quesito:

se non stupisce che la problematica più riscontrata dai giudici sia l'eccessiva lunghezza dei tempi di evasione delle pratiche da parte dell'UEPE, intuitivamente riconducibile alla rilevante carenza di personale dell'ufficio (e il sovraccarico che questo istituto ha ingenerato nell'esercizio delle sue mansioni), l'opportunità di predisporre pacchetti di pubblica utilità per sveltire i processi diventa assai più incerta. Oltre a problematiche concrete infatti, ossia l'effettiva possibilità per enti, privati e pubblici, di sapere quanti posti avrà a disposizione per un certo periodo e augurarsi che questi posti corrispondano all'imprevedibile flusso di messi alla prova, emerge un possibile contrasto con l'immagine dell'istituto come fin qui delineata: se, infatti, tale strumento giudiziario deve essere preminentemente orientato alla responsabilizzazione dell'individuo, la possibilità che un pacchetto di lavori di pubblica utilità predisposto riesca ad assolvere tale rilevante funzione, per definizione assai personale e da modellare sul singolo caso, è posta allora in dubbio.

Un'altra osservazione da compiersi collega il quesito nella parte in cui taluno ha rilevato la necessità di implementare le comunicazioni tra giudici e UEPE col settimo punto, ossia la percepita completezza o meno da parte dei giudici delle relazioni redatte dall'UEPE. È di un certo interesse rilevare come alcuni magistrati abbiano affermato che le relazioni inviate dall'UEPE siano troppo sommarie e sintetiche laddove, stando a quanto riferitoci dalla dottoressa Spanò, ciò sia stato concordato proprio in un precedente incontro con gli organi della magistratura, ove si era deciso, al fine di snellire la procedura e defaticare il carico lavorativo di giudici e UEPE, che quest'ultimo inviasse al Tribunale solo relazioni sintetiche, mantenendo le verifiche socio-famigliari compiute (atti comunque dovuti per l'UEPE ai fini dell'esercizio dei propri compiti) nei propri uffici.

Quest'ultima considerazione permette di concludere (22) suggerendo quella che potrebbe essere una *best practice* da applicare in tutta Italia: a fronte a un istituto nuovo come la messa alla prova per gli adulti, gli operatori del diritto che intorno ad esso si trovano a lavorare e confrontarsi (giudici, avvocati e UEPE *in primis*, ma anche ad esempio enti pubblici e associazioni private) dovrebbero avviare una rete di dialogo efficace e ampia, onde confrontarsi sui più disparati aspetti dell'istituto, sui problemi concreti che ognuno affronta nel proprio ambito e su come, lavorando di concerto, sia possibile incasellare la messa alla prova al meglio, in maniera armonica, nell'ordinamento penale. Il rischio, altrimenti, è che avendo ognuno in mente la propria visione della messa alla prova, se ne vanifichi la portata correttiva per gli imputati. Un aspetto di rilievo emerso nell'incontro con l'UEPE per l'elaborazione di questo contributo è stata la mancanza, da parte di alcuni messi alla prova, della piena consapevolezza di ciò che stavano vivendo (23): il messo alla prova è in un limbo tra colpevolezza e assoluzione (24), sottoposto a un procedimento non detentivo della cui portata deve essere ben conscio. Se ai suoi occhi risultasse come una mera "condanna alternativa" o nulla più che un *escamotage* per evitare una pendenza penale, allora in effetti la messa alla prova si ridurrebbe solo a questo, uno strumento deflattivo del carico di lavoro del sistema penale; certamente utile, ma una qualificazione assai avvilente se paragonata alla possibilità di realizzare, attraverso di essa, una concreta rieducazione, o meglio responsabilizzazione, capace davvero di assolvere alle finalità special-preventive e di reinserimento sociale a cui un moderno ordinamento penale deve essere orientato.

3. Considerazioni conclusive: l'istituto e gli agenti del processo.

Il quadro generale che si è potuto delineare in questo contributo circa il nuovo istituto della messa alla prova definisce uno stru-

mento giudiziario dal valore potenzialmente assai più profondo di una mera alternativa al processo ordinario. Questa novità normativa ha apportato un *quid pluris* nel nostro ordinamento, sintomo e causa di un cambiamento costante, per quanto lento, nell'approccio al diritto penale.

Senza dubbio, la portata di tale innovazione sarà determinata dall'apporto dei professionisti che con tale istituto si ritrovano ad operare. La messa alla prova infatti pone ulteriori riflessioni da compiersi non solo sull'UEPE, ma anche su magistrati, avvocati ed associazioni di volontariato.

I giudici, infatti, sono chiamati ad esprimere un giudizio sulla persona, prima ancora che sul fatto oggetto di processo. Se davvero la messa alla prova può, e deve, avere una tal carica di responsabilizzazione, onere del giudice sarà valutare il soggetto e le attinenze del programma alle sue esigenze non solo materiali, ad esempio lavorative, ma personali, psicologiche in un certo senso. Da questo punto di vista, non pare azzardato affermare che la nuova messa alla prova per gli adulti confligge con una concezione del giudice come mero tecnico del diritto, accentuando al contrario la rilevanza di discipline sociali, come la psicologia o la criminologia, che solitamente entrano nelle aule di tribunale (almeno nella forma) solo con l'ingresso dei consulenti tecnici. Questo dato dovrebbe portare a riflettere sulla possibilità di implementare la formazione della magistratura in ordine a materie precedentemente considerate extra-giudiziarie; un'osservazione, tuttavia, che non può non fare i conti con la realtà pragmatica, giacché richiederebbe senza dubbio un ulteriore sforzo organizzativo ed economico. Una già sopra ipotizzata *best practice* a costo zero che potrebbe apportare considerevoli benefici, invece, sarebbe l'instaurazione di una rete di dialogo tra magistrati e UEPE, in modo da evitare che ognuno operi come una monade difficilmente influenzabile dai bisogni e le conoscenze dell'altra realtà professionale e far sì che si ponga in essere un proficuo scambio di conoscenze e osservazioni. Le associazioni di volontariato meritano senza dubbio una speciale menzione in questo contributo, giacché senza l'attivismo civile di questi cittadini una messa alla prova reale, in grado di porre il soggetto di fronte a responsabilità che altrimenti non avrebbe conosciuto, capaci appunto di favorire il suo processo di responsabilizzazione, non sarebbe possibile. La rilevanza pratica di tali associazioni per il circuito giustizia dovrebbe essere ricondotta all'attenzione delle istituzioni, che troppo spesso adottano provvedimenti in grado di porre in seria difficoltà l'operato di queste realtà, quando al contrario sarebbe da facilitarne il lavoro. A titolo esemplificativo, un buon passo avanti sarebbe porre in essere iniziative legislative e regolamentari tese a rimuovere pastoie burocratiche spesso soffocanti per privati cittadini che poco o niente conoscono delle amministrazioni e del diritto (25).

Infine, emerge con chiarezza l'importantissimo ruolo del difensore nell'istituto. Non solo, ovviamente, da un punto di vista di informativa al cliente della possibilità e delle procedure, ma anche sotto un'ottica più sostanziale: come emerso dall'incontro con l'UEPE, molti messi alla prova interrompono a metà il loro percorso, altri lo vivono come una condanna, altri ancora un mero e comodo *escamotage*. L'avvocato è onerato della responsabilità di far comprendere a pieno al proprio assistito la portata di questo istituto. La norma di legge non aiuta, stante l'insormontabile incertezza già accennata riguardo la valenza della messa alla prova come condanna a pena alternativa concordata o assoluzione condizionata; il difensore deve scontare anche questa carenza del legislatore, valutando caso per caso, tenuto conto della personalità dell'assistito, dei fatti a lui imputati e via dicendo, quale sia il modo migliore per parlargli della messa alla prova, per fargli comprendere che non si tratta né di una pena né di una fuga dal processo, ma di un percorso responsabilizzante che deve essere seguito con impegno.

Concludendo, di rilevanza primaria resta il dialogo tra tutti questi soggetti: una rete di contatti e comunicazioni efficaci e non infrequenti potrebbe, senza dubbio, assistere tutti gli agenti di diritto coinvolti in questo nuovo meccanismo, certamente innovativo, e quindi necessitante di ricerca di prassi applicative, ad adoperarlo nel miglior modo possibile, per l'apparato di giustizia, per la collettività e naturalmente per il soggetto messo alla prova.

Note:

(1) Per la precisione, la riforma ha novellato: il codice penale, mediante l'inserzione degli articoli 168 *bis*, 168 *ter*, 168 *quater*; il codice di procedura penale, nel quale l'art. 4 della suddetta legge inserisce le disposizioni dall'art. 464 *bis* al 464 *nomies*; le norme di attuazione di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, con i nuovi articoli 141 *bis* e 141 *ter*; infine, sono inseriti i necessari correttivi per armonizzare il contenuto con la nuova disciplina al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti (d.p.r. 14 novembre 2002, n. 313).

(2) Sostanzialmente il programma deve prevedere modalità di reinserimento sociale, che coinvolgano l'imputato e (se necessario e opportuno) la sua famiglia; prescrizioni comportamentali di vario genere (anche inerenti la dimora, la libertà di movimento, il divieto di frequentare determinati locali) e altri impegni specifici (tra cui le condotte riparatorie, restitutorie o risarcitorie, il volontariato), nonché prescrizioni attinenti il lavoro di pubblica utilità; condotte di mediazione con la persona offesa (se ed ove possibile). Sul punto v. Bove, *L'istituto della messa alla prova "per gli adulti": indicazioni operative per il giudice e provvedimenti adottabili*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, liberamente consultabile all'indirizzo <http://www.penalecontemporaneo.it/d/3164-messa-alla-prova-per-gli-adulti-una-prima-lettura-della-l-6714>, pp. 6-9.

(3) Si badi che, secondo certa giurisprudenza di legittimità relativa all'istituto per i minorenni, tale pronuncia deve essere considerata, ai fini procedurali, come una sentenza di condanna; ciò comporta che se si segue questa impostazione, il messo alla prova con successo che vorrà (ad esempio) essere sentito come testimone per un coimputato dovrà essere udito come testimone assistito. Cass. Sez. 4, n. 7964/2013.

(4) Sulla finalità prettamente rieducativa della messa alla prova per i minorenni, occorre notare come tale obbiettivo precipuo dell'istituto sia stato individuato anche in alcuni aspetti processuali ad essa favorevoli, attuando un parallelo con quanto invece disposto per lo stesso istituto per i maggiorenni: «Lo scopo dell'istituto minorile è fondamentalmente educativo e socializzante. Non vi sono preclusioni soggettive (a seconda della qualità dell'imputato) od oggettive (a seconda del titolo di reato ascritto) e la richiesta può avvenire in qualsiasi fase processuale, anche in grado di appello appunto perché l'obbiettivo è sostenere il giovane imputato nel percorso di formazione della sua personalità», G. Zaccaro, *La messa alla prova per gli adulti. Prime considerazioni*, in *Questione Giustizia*, liberamente consultabile all'indirizzo web http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-messa-alla-prova-per-gli-adulti_29-04-2014.php, pag. 10.

(5) Si tratta di un istituto, dunque, che sembra quanto mai affine al principio di rieducazione, anche per l'impegno richiesto al messo alla prova: «Proprio perché la "rieducazione" deve conciliarsi col rispetto dell'autodeterminazione del reo, l'esito favorevole del processo rieducativo non è scontato in partenza. Esclusa ogni forma di imposizione o di intervento coattivo, la possibilità di rieducare si attegga soltanto ad obbiettivo tendenziale, perseguibile finché il reo sia disposto a collaborare. Da questo punto di vista, ben si comprende dunque perché il legislatore costituzionale abbia usato l'espressione "tendere" nel fare riferimento alla funzione rieducativa», G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale - parte generale*, Torino, 2014, pag. 738. Si tratta di questione assai delicata e da trattare con ragionata accortezza scevra da facili entusiasmi: il rischio è di considerare aprioristicamente ogni imputato di giovane età meritevole di alternative alla condanna solo, appunto, in quanto "giovane", con il pericolo di sottovalutare alcune condotte antisociali già gravi anche se compiute in gioventù, facendo venir meno la funzione di prevenzione del diritto penale se non opportunamente sanzionate in modo abbastanza rigido al fine di far percepire all'individuo il disvalore delle sue azioni. «La vera funzione dell'ordinamento giuridico penale nell'epoca presente non è soltanto di assicurare le condizioni fondamentali della vita

in comune, ma altresì di promuovere lo sviluppo, il miglioramento della società» (F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1997, pag. 6) e tale miglioramento e sviluppo può forse essere ravvisato anche nella capacità della sanzione penale di far percepire al reo il disvalore delle proprie azioni. Questo, naturalmente, va considerato con la naturale attenzione a che questa tendenza sia sempre limitata ed orientata a favorire una maggiore tutela e cura dei diritti dell'individuo e dalla salvaguardia della compressione degli stessi da parte di altri individui; sul punto e per un'articolata panoramica dello sviluppo delle teorie della funzione del diritto penale, G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, pag. 11 e in generale pp. 4-28.

(6) G. Zaccaro, *op. cit.*, pag. 11. Qui l'autore, in realtà, evidenzia anche come tale funzione non sia stata del tutto soddisfatta, dato che il procedimento sebbene fuori dalle aule di giustizia è comunque assai oneroso, in termini di costi, di impiego di personale e di tempo, e per di più riguarda per la maggior parte reati che comunemente cadono in prescrizione prima che siano in grado di intasare la macchina processuale.

(7) «per reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale». Inoltre è istituito concedibile una sola volta per imputato; previsione di puro buon senso, giacché un recidivo può ben essere considerato più socialmente allarmante di chi un'unica volta nella vita trasgredisce i canoni della legge penale.

(8) Sembra opportuno richiamare qui le parole della Relazione n. III 07/2014, commento alla novella legislativa rinvenibile sul sito della Corte di Cassazione: «Senza essere privo di una "necessaria componente afflittiva" (che ne salvaguarda la funzione punitiva e intimidatrice), la "sospensione con messa alla prova" è chiamata a soddisfare nel contempo istanze specialpreventive e risocializzatrici, mediante l'incentivazione dei comportamenti riparativi indirizzati alla persona offesa dal reato. L'intervento mira a realizzare "un'equilibrata de-carcerizzazione" e a conferire effettività al principio del minor sacrificio possibile per la libertà personale, incidendo su un contesto caratterizzato dalla "mancata valorizzazione di percorsi alternativi a quelli strettamente processuali per la soddisfazione delle esigenze special-preventive" e da fenomeni di inflazione del carico dei giudizi penali, forieri di incertezza e sfiducia collettiva». R. Piccirillo, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in R. Piccirillo, P. Silvestri, G. Fidelbo, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, Relazione n. III 07/2014 disponibile all'indirizzo www.cortedicassazione.it/documents, pp. 3-4.

(9) Fino alle conclusioni *ex artt.* 421-422 c.p.p. nel rito ordinario, fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento in caso di giudizio direttissimo o citazione diretta a giudizio, entro il termine *ex c.* 1 art. 458 c.p.p. nel caso di notifica di decreto di giudizio immediato, nell'atto di opposizione in caso di procedimento per decreto.

(10) Libertà personali relative, ad esempio, alla dimora, ai suoi spostamenti, alla possibilità o meno di frequentare certi locali (evidentemente se sarà ritenuto necessario allontanare il soggetto da alcuni circuiti criminali o criminogeni).

(11) Una diminuzione, invero, in controtendenza con quella che sembra essere la media nazionale. Nel 2015, in effetti, tali provvedimenti sul suolo nazionale sono stati 7.821, mentre nel 2016 ne sono stati registrati 9.359. Sebbene non sia dato sapere quanti di questi percorsi di messa alla prova abbiano avuto un esito positivo, se l'esperienza del Tribunale genovese può essere anche solo vagamente presa come tendenza generale si può ipotizzare una netta maggioranza di estinzioni del reato; di fronte a numeri simili, di una certa rilevanza per lo meno la portata deflattiva di tale istituto potrebbe essere considerabile come certa.

(12) D'altra parte, lo stesso legislatore ha riservato la messa alla prova a soggetti non dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza (art. 168 *bis* c.p. ultimo comma), oltre al limite edittale per cui risultino imputati per reati con pena massima inferiore a quattro anni. Un dato che potrebbe, a onor del vero, essere confutato da un'osservazione giurisprudenziale: la Corte di Cassazione ha infatti statuito che, ai fini della individuazione dei reati per i quali è ammessa la sospensione del procedimento con messa alla prova, occorre tener conto unicamente della pena edittale massima prevista per la fattispecie base, prescindendo dalla contestazione delle circostanze aggravanti, persino di quelle che comporterebbero una pena di specie diversa e di quelle ad effetto speciale (Cass., SS.UU., 31/03/2016, "Sorcinelli").

(13) A seguire, 2.993 casi di furto, 2.205 casi di produzione, traffico e detenzione di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 73 del T.U. sugli stupefacenti), 1.188 casi di lesioni personali ex art. 582 c.p..

(14) Descrivere con accuratezza quali e quanti problemi abbia incontrato l'UEPE, da ciò che è emerso dall'incontro con la dottoressa Spanò, all'introduzione della messa alla prova per adulti nel processo penale italiano richiederebbe un contributo a parte. Basti pensare che nel 2014, al varo della nuova legge, gli uffici ne sono stati informati circa una settimana prima dell'entrata in vigore, dovendo così far fronte a una realtà completamente nuova e a una mole considerevole di lavoro aggiuntivo senza alcun aumento di personale.

(15) I dati raccolti sono aggiornati al dicembre 2017.

(16) Qualcuno ha evidenziato, rispondendo "no", che questa conclusione la si deve anche al fatto che si tratta, per lo più, di casi minori, non in grado di incidere pesantemente sul ruolo.

(17) Chi ha risposto "altro" ha evidenziato le lacune delle relazioni redatte dall'UEPE, non in grado di dare al magistrato un quadro sufficientemente approfondito della questione.

(18) In questo caso le risposte ricomprese in "altro" hanno fatto per lo più riferimento ai tentativi da parte di alcuni difensori di ricorrere all'istituto come espediente, anche se consci del fatto che il loro assistito non si trovava in una posizione giuridica conforme ai requisiti dettati da legge.

(19) I magistrati insoddisfatti del contenuto delle relazioni dell'UEPE le hanno indicate per lo più come incomplete e sommarie, alcuni hanno utilizzato il termine "standardizzate", non in grado di dare uno specchio preciso della situazione socio-culturale e familiare dell'imputato.

(20) L'argomento è assai vasto e non può essere qui approfondito. In effetti, taluni autori hanno ravvisato un recente ritorno a una concezione assai più rigida del sistema carcerario, alimentata dalle recenti crisi economiche e sociali. Sul punto, si rimanda alla rassegna del panorama attuale compiuta in G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, pag. 759 ss. e ai numerosi contributi ivi segnalati in nota.

(21) Per altro, è da rilevare che, sebbene la maggior parte dei magistrati giudicanti non abbia espresso tale attenzione per la giovane età del richiedente la messa alla prova, nei fatti l'opportunità di dare maggiore rilievo ai giovani nell'ammissione al procedimento si è in una certa misura già manifestata: su 1.047 messe alla prova eseguite dall'UEPE Genova nel 2016, infatti, differenziando le fasce di età in 18-25 anni, 26-35, 36-50, 51-60, 61-69 e 70 e oltre, 441 hanno riguardato i soggetti nelle prime due fasce (176 dai 18 ai 25 anni, 265 dai 26 ai 35 anni).

(22) Circa l'ultima domanda, riguardante eventuali correttivi normativi da apportare agli articoli contenenti la disciplina della messa alla prova per adulti, sebbene un terzo dei giudici intervistati abbia affermato di aver rilevato alcune lacune nella formulazione del dettato normativo, non c'è stato un aspetto comune in tali rilievi critici, per quanto tutti sarebbero utili spunti riflessivi (ad esempio, chi ha evidenziato come sia poco chiara la norma rispetto ai recidivi, chi ha suggerito che si potrebbe applicare il

campo di estensione e chi è invece contrario all'istituto in sé, avendolo visto nella sua esperienza professionale utilizzato per lo più come "scappatoia").

(23) Significativo è l'esempio recente di un giovane che ha esposto la sua condizione di messo alla prova, parlando con un terzo, di "essere stato condannato ai lavori sociali".

(24) Nonostante la giurisprudenza di legittimità sopra richiamata in nota equipari, ai fini procedurali, la pronuncia di estinzione del reato per compiuto esperimento del programma di trattamento, non sembra opportuno definire il messo alla prova che porti a termine il programma di trattamento con profitto un condannato; questo sia perché tale sentenza riguardava la messa alla prova dei minorenni, sia perché specificava che era ai soli fini procedurali e, soprattutto, sia perché recente giurisprudenza sembra affermare proprio il contrario, evidenziando come l'estinzione del reato conseguente alla messa alla prova prescinda da un accertamento penale della responsabilità (Cass.29796/2017, "*In tema di guida in stato di ebbrezza, il giudice che dichiara l'estinzione del reato per l'esito positivo della prova, ai sensi dell'art. 168-ter cod. pen., non può applicare la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida (...) in considerazione della sostanziale differenza tra l'istituto della messa alla prova, che prescinde dall'accertamento di penale responsabilità, e le ipotesi di applicazione della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, previste dagli artt. 186, comma nono-bis e 187, comma ottavo-bis*").

(25) Un prezioso esempio concreto ce l'ha offerto la dottoressa Spanò, relativo a una vicenda di due anni fa: fino al 2016, infatti, enti di volontariato aderivano con entusiasmo alla richiesta di far svolgere nelle loro strutture lavori di pubblica utilità; ai soggetti ad essi adibiti la copertura assicurativa necessaria era garantita dall'assicurazione dell'associazione *de quo*, che estendeva senza complicazioni la propria formula ai lavoratori di pubblica utilità. Nel 2016, tuttavia, sono intervenuti in materia un regolamento del Ministero e una circolare del Dipartimento, seguiti poi da una circolare dell'Inail, dove si disponeva che le persone esercenti lavori di pubblica utilità dovevano essere assicurate tramite Inail, aprendo posizione presso tale ente come un lavoratore "standard". Così moltissime associazioni di volontariato hanno, però, ritirato la loro disponibilità, non tanto per una questione economica (dato che, a onor del vero, Ministero e Inail avevano previsto un fondo nazionale per tale copertura finanziaria), ma perché non accettavano di accollarsi l'apertura di tali posizioni Inail a causa dell'appesantimento burocratico che questo avrebbe comportato: enti accreditati con dipendenti non hanno avuto fatica a ottemperare a tale nuova prescrizione, ma le piccole associazioni, pur preziosissime anche per il legame col territorio, non potevano sopportare il carico di amministrazione aggiuntiva che avrebbero dovuto subire, in quanto non composte da professionisti ma da cittadini volenterosi, timorosi di compiere qualche errore in una materia per loro dopotutto sconosciuta e di patirne, di conseguenza, eventuali ripercussioni legali.